

UNIVERSITA' DEGLI STUDI ROMA TRE



Scuola Dottorale Internazionale in Diritto ed Economia "Tullio Ascarelli"
Dipartimento di Scienze Aziendali ed Economico-Giuridiche

*Dottorato di Ricerca in
Mercato e Consumatori
XXIV Ciclo*

LA DISCIPLINA DEL RECESSO TRA CODICE DEL CONSUMO
E NUOVE PROSPETTIVE DI RIFORMA

Relatore:
Ch.ma Prof.ssa Rosaria Giampetraglia

Candidata:
Romina Colelli Riano

INDICE

INTRODUZIONE	p. 5
---------------------------	------

CAPITOLO I

Il diritto di recesso alla luce della politica europea e nazionale di protezione elevata del consumatore: dalle direttive comunitarie al codice del consumo

1.1. La politica di protezione del consumatore:	
a) nel Trattato di Maastricht	p. 14
b) nella legislazione comunitaria	p. 17
c) nella legislazione italiana: le novità introdotte dalla L. 281/1998	p. 22
1.2. Il lungo viaggio verso il codice del consumo	p. 25
1.3. La tutela del consumatore attraverso il diritto di recesso:	
a) I contratti negoziati fuori dai locali commerciali	p. 30
b) <i>Segue</i> . I contratti a distanza	p. 37
c) <i>Segue</i> . La commercializzazione a distanza dei servizi finanziari anche alla luce del d. lgs. n. 221 del 2007	p. 41
1.4. Le modalità di esercizio del diritto di recesso nel codice del consumo alla luce delle recenti novità comunitarie	p. 46

CAPITOLO II

Natura giuridica e funzione del recesso: le posizioni della dottrina

2.1. La natura giuridica del diritto di recesso:	
a) Nozione di recesso e sue classificazioni	p. 57
b) <i>Segue</i> . Recesso e revoca	p. 62

- 2.2. Funzioni del recesso:
- a) Funzione determinativa nei contratti di durata senza termine finale. Il preavviso.....p. 66
 - b) *Segue*. Funzione di impugnazione del contratto. Il recesso quale rimedio alle sopravvenienze p. 70
 - c) *Segue*. Il recesso come strumento di tutela del contraente debole p. 73
- 2.3. Gli effetti dell'esercizio del diritto di recesso : *jus poenitendi* e obbligo di restituzione. p. 76

CAPITOLO III

Il diritto di recesso nelle applicazioni giurisprudenziali

- 3.1. Informazione e principio di trasparenza nel codice del consumo: il rimedio del diritto di recesso
- a) La violazione degli obblighi di informazione del diritto di recesso nella giurisprudenza italiana ed europea, alla luce delle recenti novità comunitarie..... p. 82
 - b) *Segue*. Trasparenza e libertà del consenso nelle modalità di esercizio del diritto di recesso con particolare riguardo all'intermediazione finanziaria. Le novità del D. lgs. 11/2010 p. 92
- 3.2 Diritto di recesso e principio di buona fede
- a) Diligenza professionale, buona fede e pratiche commerciali scorrette con particolare riferimento al D. lgs 146/2007..... p. 96
 - b) *Segue*. Il principio di buona fede tra recesso *ad nutum*, abuso del diritto e *acquis communautaire*, alla luce della sentenza della Corte di Cass. n. 20106/2009.....p. 100
- 3.3. Rapporti tra diritto di recesso e nullità di protezione
- a) Nullità virtuale o nullità di protezione : un'alternativa all'esercizio del diritto di recesso? La posizione della giurisprudenza..... p. 109

CAPITOLO IV

Prospettive di riforma del recesso del consumatore. Problemi ancora aperti

- 4.1 La Comunità europea e il processo di revisione dell' *acquis communautaire*..... p. 115
- 4.2 Proposta di direttiva COM 614/08 e Direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25.10.2011: un nuovo diritto di recesso?..... p. 119

CONCLUSIONI..... p. 124

BIBLIOGRAFIA p. 135

INTRODUZIONE

La presente ricerca è incentrata sullo studio di un istituto che, si può dire, rappresenta il fulcro della tutela del consumatore: il diritto di recesso (o *jus poenitendi*).

Come noto, l'atto e il rapporto di consumo¹ costituiscono il momento essenziale delle attività economiche e la loro evoluzione è legata allo sviluppo delle economie di scambio che, negli ultimi decenni, ne hanno evidenziato i significati segnaletici e relazionali.

Pertanto, a fronte di una vertiginosa diffusione degli scambi di massa, la protezione del consumatore è divenuta, nel tempo, elemento catalizzatore di un vero e proprio filone normativo che si è sviluppato secondo le direttive di una precisa politica comunitaria², alla quale si deve riconoscere il merito di avere messo a disposizione del consumatore questo nuovo strumento di tutela.

Benché risultante dalla lettera delle fonti normative e più di frequente utilizzata dai pratici del diritto, in verità quella del diritto di "recesso" non è

¹ Sull'argomento si rinvia U. BRECCIA, *Prospettive del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 177; G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 4, 633 ss.; F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, 919 ss.; G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 110 ss.; G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999; N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.; A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, II, Padova, 2003, p. 3 ss.

² I primi interventi del diritto comunitario nel campo delle transazioni commerciali risalgono alle direttive sulla responsabilità per i prodotti difettosi (1985), sulla vendita porta a porta (1985), sul credito al consumo (1987), alle quali si sono aggiunte, qualche anno più tardi, dopo l'Atto Unico del 1987, quelle sui viaggi tutto compreso (1993), sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori (1994), sulla vendita al consumo (1999). Si tratta di una serie di provvedimenti oggi trasfusi nel Codice del Consumo. Adottato in attuazione dell'art. 7 della legge delega 29 luglio 2003, n. 229, dal titolo «Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione – Legge di semplificazione 2001» (in G.U. del 25 agosto 2003, n. 196). AA. VV., *Commentario Breve al Diritto dei consumatori*, a cura di G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA, Padova, 2010; AA. VV., *Commentario al codice civile. D.Lg. 6 settembre 2005, n. 206. Codice del consumo*, a cura di Cendon Milano, 2010; AA. VV., *Codice del consumo*, a cura di CUFFARO, Milano, 2008; AA. VV., *I contratti del consumatore. Commentario al codice del consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005 n. 206)*, a cura di CESARO, Padova, 2007, E. MINERVINI *Codice del consumo*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Aggiornamento*, III, 1, Torino, 2007, p. 186; L. DELOGU, *Leggendo il codice del Consumo alla ricerca della nozione di consumatore*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006, p. 87 ss.; M.G. FALZONE CALVISI, *Il "taglia e incolla" non si addice al legislatore*, *ivi*, 2006, p. 103; G. DE CRISTOFARO, *Il «Codice del consumo»*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2006, p. 755; L. ROSSI CARLEO, *Il Codice del consumo: prime impressioni fra critiche e consensi*, *ivi*, 2006, p. 42, secondo cui " ... alcune occasioni, più che mancate, erano decisamente impedito dagli angusti limiti della delega ...". G. ALPA, *art. 1, Finalità ed oggetto*, in AA. VV., a cura di ALPA e ROSSI CARLEO, *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, p. 25; ID., *Il codice del consumo. Il commento*, in *Contr.*, 2005, p. 1058; ID., *I diritti dei consumatori e il "Codice del consumo" nell'esperienza italiana*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006, p. 26, il quale indica quale ragione di alcuni mancati interventi, posti in essere da parte del "gruppo di lavoro" incaricato di redigere il codice, proprio "i limiti della delega". N. LUPO, *Dai testi unici "misti" ai codici: un nuovo strumentario per le politiche di semplificazione*, in *Studium iuris*, 2004, p. 157 ss.

un'espressione univoca, né esprime una scelta ricostruttiva certa nel senso dell'inquadramento, all'interno della figura del recesso *tout court* disciplinata dal codice civile, tant'è che ad essa si affiancano quelle più descrittive e neutre sul piano qualificatorio del diritto di "ripensamento" o "di pentimento" (*jus poenitendi*).

Nello stesso tempo, i consumatori, pur costituendo i principali titolari del diritto, non esauriscono affatto i beneficiari; ad essi si affiancano altri soggetti, i quali versano in analoghe situazioni di debolezza nei rapporti con la controparte professionale più forte (nel mercato finanziario e assicurativo, oltre che in taluni rapporti endoprofessionali della distribuzione), ragione per cui si utilizzano anche espressioni più ampie e comprensive, quali quelle dei "contraenti deboli" o "non qualificati".

Tuttavia, la natura complessa e controversa le notevoli incertezze e difficoltà ricostruttive della figura hanno suscitato un forte interesse verso un istituto che sembra porsi in contrasto rispetto ai principi cardine che hanno regolato la materia contrattuale nel sistema del diritto privato nazionale in base al codice civile.

Il dibattito dottrinale³ è notevolmente aumentato nel corso degli anni e specie dopo il Codice del Consumo, emanato con il d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206, in virtù delle novelle apportate al suddetto testo normativo; da ultimo è facile immaginare che sarà ancor più alimentato alla luce della recente direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza di cui si dirà in prosieguo.

In questa sede appare doveroso precisare che del nuovo testo normativo comunitario, che dovrà esser recepito entro il 2013 dai legislatori statali, benchè non ancora diritto vigente, si è dovuto necessariamente dar

³ Sul punto si rimanda a R. GIAMPETRAGLIA, *Il diritto di recesso nel Codice del consumo*, in *Notar.*, 2007, 79 ss.; ID, *art. 55 (Esclusioni)*, *art. 59 (Vendita tramite mezzo televisivo)*, *art. 64 (Esercizio del diritto di recesso)*, *art. 65 (Decorrenze)*, *art. 66 (Effetti del recesso)*, *art. 67 (Ulteriori obbligazioni + del Consumo, Commentario* a cura di ALPA e ROSSI CARLEO, Napoli, 2005, 414 ss.; D. VALENTINO, *I contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in AA.VV. *I contratti dei consumatori*, a cura di GABRIELLI- MINERVINI, Torino, 2005, p. 688; M. ATELLI, *Il problema della sindacabilità della decisione di esercizio dello ius poenitendi attribuito ex lege al consumatore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 359; G. GRISI, *Lo ius poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 569; M.C. CHERUBINI, *Sul c.d. diritto di ripensamento*, in *Riv. dir. civ.* 1999, p. 695; G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Attualità e saggi*, 1999, p. 1198; S. BASTIANON, *Prime osservazioni sulla direttiva 97/7/CE in tema di contratti a distanza*, in *Resp. civ. e prev.* 1997, p. 1284 e 1285; M. LOBUONO, *Informazione sul diritto di recesso e tutela del consumatore*, in *Le vendite aggressive*, Napoli, 1995, p. 132; M. GORGONI, *Sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali alla luce del D. Lg. N. 50/92*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 185; Sui contratti a distanza ad oggetto servizi finanziari si rinvia a F. BRAVO, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, in *Contr.*, 2008, 4, 373 ss.; M. GIURGIOLA, *La direttiva 2002/65/Ce sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari: l'epilogo di una lunga attesa*, in *Società*, 2003, p. 103 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *La nuova disciplina del commercio elettronico alla luce del d. lgs. 70/03. questioni generali ed ambito di applicazione*, in E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano, 2003.

conto nel presente lavoro di ricerca, avviato quando ancora si discuteva della sola proposta di revisione fra molteplici incertezze⁴.

Si può dire, quindi, che il numero degli interventi normativi è notevole; questi, anche se riguardano prevalentemente i contratti con i consumatori, ovvero si riferiscono ad una sfera ben precisa di rapporti di tipo “orizzontale” che intercorrono con un non professionista che, per definizione, rappresenta la parte debole, non si esauriscono in questo ambito soltanto. Si considerino, infatti, i contratti di assicurazione e di intermediazione assicurativa, i contratti bancari e di intermediazione finanziaria o i contratti di distribuzione⁵.

Tutti questi tipi di intervento, sono, però, unificabili nel senso che mirano a realizzare e a tutelare la libera concorrenza all’interno del mercato. Quelli, poi, che si riferiscono ai rapporti di consumo e a taluni rapporti tra le imprese, nei quali rileva la posizione squilibrata di una delle parti, quella “debole”, presentano anche l’elemento comune rappresentato dall’esigenza di ripristinare un minimo di equilibrio tra i soggetti.⁶

In questo quadro normativo, il diritto di recesso si configura come il diritto di una parte di sciogliersi dal vincolo contrattuale mediante una dichiarazione comunicata all’altra parte; si è, quindi, innanzi ad un negozio giuridico unilaterale recettizio.

Previsto e disciplinato dall’art. 1373 del c.c., è stato introdotto, dal legislatore del codice del 1942, come “strumento” a carattere eccezionale, volto a derogare al principio generale secondo cui “... *il contratto ha forza di legge tra le parti...*” e, quindi, non può essere sciolto se non per concorde volontà delle parti stesse o per cause ammesse dalla legge.

Pertanto, il diritto di recesso, quale strumento di tutela del consumatore, è stato previsto per tipologie di contratti, individuate per lo più secondo le tecniche di conclusione che, per la natura dei soggetti coinvolti, le modalità e/o le circostanze in cui vengono stipulati, sono connotati da un certo squilibrio contrattuale a svantaggio della parte debole del rapporto.

Tale squilibrio contrattuale, a danno del consumatore, è stato rinvenuto principalmente in tema di *vendite fuori dai locali commerciali, vendite a domicilio di valori mobiliari, contratti di multiproprietà* oltre che in tutte le vendite a distanza.

⁴ Si veda R. GIAMPETRAGLIA, *El nuevo derecho de rescision en la propuesta COM 614-2008*, in *Revista de derecho privado*, 2011, p. 53 ss.; M. DONA, “*La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: luci ed ombre nel futuro della tutela contrattuale*”, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 582.

⁵ Come ricorda P. POLLICE, Relazione su: “*Unificazione e armonizzazione del diritto privato dei contratti*”, tenuta al Convegno italo tedesco di Napoli del 7-8 novembre 2007, p. 4, tra le ripartizioni proposte per inquadrare l’intervento comunitario nell’ambito del diritto contrattuale, quella più comune individua l’area del diritto dei consumatori, quella dei sistemi di pagamento, quella degli agenti commerciali, del commercio elettronico e quella dei servizi bancari e finanziari, ma altre ne sono state proposte e si fondano sulla distinzione tra diritto della concorrenza, il diritto dei consumatori, il mercato del lavoro, i mercati pubblici e la competenza giudiziaria.

⁶ A rapporti di questo tipo possono essere ricondotti anche quegli interventi realizzati con riguardo a rapporti tra le imprese, come nel caso della direttiva sui ritardi di pagamenti o sulla subfornitura, nei quali ugualmente si evidenzia la necessità di operare a favore della parte debole.

Il consumatore non si trova, a differenza del venditore, nella migliore condizione per poter vagliare⁷ ponderatamente l'opportunità di stipulare un contratto, poiché la proposta contrattuale avviene, di regola, in circostanze impreviste ed in un luogo diverso rispetto a quello in cui di solito viene esercitata un'attività commerciale, pertanto in circostanze tali per cui il consumatore è di regola impreparato alla negoziazione e alla conclusione di un contratto.

Questo lavoro si propone di considerare in quale misura le novità introdotte dalle direttive comunitarie⁸ prima e dall'introduzione del Codice del consumo⁹ poi, abbiano inciso, modificandole, sulle linee guida dei

⁷ Chiaramente sul punto, i primissimi commenti, G. GRISI, *Lo ius poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. dir. priv., op. cit.*, p. 569; M.C. CHERUBINI, *Sul c.d. diritto di ripensamento*, in *Riv. dir. civ., op. cit.*, p. 695; M. GORGONI, *Sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali alla luce del D. Lg. N. 50/92*, in *Contr. impr., op. cit.*, p. 185.

⁸ L'esistenza di normative e strutture tanto diverse ha portato all'elaborazione di una politica comune a livello comunitario, per cercare di tutelare in modo adeguato gli interessi di tutti i consumatori. Per quel che concerne il diritto comunitario, sebbene il primo programma d'azione per una politica dei consumatori sia stato varato nel 1975, tale politica è stata dotata di una base giuridica specifica solo con l'adozione dell'Atto unico europeo nel 1987. Infatti, è soltanto nel corso di quell'anno che la nozione di "consumatore" è stata introdotta nel Trattato. La soppressione delle frontiere e la realizzazione del mercato unico all'inizio degli anni '90 hanno evidenziato l'esistenza di un mercato di 340 milioni di consumatori, e la fiducia dei consumatori è subito apparsa come elemento indispensabile al buon funzionamento del mercato. Tale evoluzione positiva è stata confermata con il Trattato di Maastricht che ha dedicato un titolo alla protezione dei consumatori: conformemente all'art. 129 A del trattato CE tutte le politiche comunitarie devono tener conto delle esigenze della protezione dei consumatori. Con il Trattato di Amsterdam viene poi introdotta una "clausola orizzontale" con la quale per la prima si esprime l'esigenza di considerare la tutela dei consumatori in tutte le politiche e le attività della Comunità. Tale clausola fa esplicito riferimento agli aspetti della promozione dei diritti individuali all'informazione, all'istruzione e alla rappresentanza.

Gli interessi dei consumatori vanno tenuti in debita considerazione anche nella definizione e nell'applicazione delle altre politiche comunitarie.

D'altra parte, il ruolo principale dell'UE consiste nel fissare un livello minimo di tutela dei consumatori nell'ambito del mercato unico. Essa ha emanato direttive nei settori della pubblicità ingannevole, del credito al consumo, della sicurezza dei prodotti e delle condizioni generali dei contratti stipulati con i consumatori. L'UE sostiene e completa con delle azioni specifiche la politica degli Stati membri in materia di protezione della salute e di sicurezza dei consumatori, di difesa dei loro interessi economici e di promozione dei diritti individuali all'informazione, al risarcimento dei danni subiti, all'accesso alla giustizia, alla rappresentanza degli interessi collettivi e all'istruzione.

Gli Stati membri possono comunque fissare sul piano nazionale dei livelli di tutela superiori a quelli stabiliti a livello europeo, a condizione che le misure adottate non costituiscano un ostacolo al commercio.

Le direttive emanate dalla UE sono state il vero motore per la realizzazione di un diritto dei consumatori negli ordinamenti nazionali in cui questa branca non era sviluppata o era appena agli inizi. Per il nostro paese è stata determinante l'adesione al mercato comune che ha consentito il decollare di questa branca del diritto; infatti il diritto comunitario si è esteso in modo straordinario, entrando in ambiti prima considerati inattuabili, perché riservati al legislatore statale, e comunque alle prerogative degli Stati membri. Le direttive emanate dalla UE e le loro relative attuazioni hanno creato una miriade di leggi disseminate in modo confuso nel nostro ordinamento che il legislatore ha voluto riordinare attraverso la legge 29 luglio 2003, n.229 che ha delegato il governo "ad adottare uno o più decreti legislativi, per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori..".

⁹ La necessità di riordinare e armonizzare la normativa in tema di tutela dei consumatori e degli utenti rappresenta la finalità perseguita con l'attività di compilazione concretizzata nel Codice del Consumo, il quale, come si legge nella Relazione illustrativa del Min. Attività Produttive: "...non comprende solo le regole di disciplina del contratto, ma racchiude anche le norme riguardanti ogni fase in cui il consumatore è coinvolto in relazioni giuridiche con i soggetti della catena di produzione

rapporti intersoggettivi e, pertanto, sulla vera tutela contrattuale del consumatore, anche alla luce della recente direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori 2011/83/UE approvata nel mese di ottobre del passato anno.

Attraverso l'analisi delle fonti normative e dei molteplici ambiti e settori della contrattazione, a cominciare da quelli consumeristici, si tenterà di evidenziare come l'istituto presenti una ampiezza e novità che tutte le tradizionali formule non riescono comunque a definire.

L'introduzione del "nuovo recesso" ha portato a riconsiderare in termini generali le principali direttrici di sviluppo e il moderno atteggiarsi del fenomeno contrattuale con riferimento alle aree di maggiore criticità, segnate da posizioni di forte squilibrio tra i contraenti.

Il "rimedio ¹⁰" è stato così impiegato per riequilibrare posizioni di asimmetria contrattuale che vedono quali contraenti deboli rispettivamente di volta in volta il consumatore, il cliente non qualificato (investitore o contraente nell'assicurazione sulla vita) ovvero il professionista in posizione di debolezza all'interno del rapporto.

Al fine di realizzare una tutela maggiormente incisiva della parte debole, nelle ipotesi descritte nel corso della ricerca, si è visto come il diritto di recesso sia in genere funzionalmente collegato a nuovi meccanismi di trasparenza, fondati su precisi e stringenti obblighi di informazione posti a carico della parte forte.

La copiosità della produzione normativa, manifestata solitamente in maniera episodica e frammentaria, seppure continuativa, da un lato ha determinato una diffusione capillare dell'istituto in parola, dall'altro ha reso pressante l'esigenza di riordino e semplificazione dell'abbondante materiale informativo stratificato nel corso degli anni, che pone agli interpreti non pochi problemi di coordinamento, reperimento ed applicazione.

In particolare, ciascuna disciplina, nel coprire un determinato ambito di contrattazione, accompagna in genere la previsione del rimedio con un peculiare regime che, pur utilizzando schemi di tutela in parti comuni, presenta significative differenze di trattamento, ad esempio, quanto a presupposti, durata, modalità e conseguenze.

e distribuzione di prodotti e servizi.". Con l'entrata in vigore del Codice del Consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n 206) l'ordinamento giuridico italiano saluta la realizzazione di un impianto di tutela dei diritti dei consumatori organico e strutturato.

¹⁰ Di rimedi si parla nella dottrina con particolare riguardo al fenomeno dell'evoluzione del diritto contrattuale europeo. Sul punto V. A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 341 ss. Dalle fonti emerge un rimedio duttile, attraverso il quale il contraente può facilmente e gratuitamente liberarsi dall'impegno assunto, allorché la contrattazione aggressiva e insidiosa non gli abbia consentito di esercitare la propria libertà contrattuale in maniera cosciente ed effettiva. Funzionale al riequilibrio dell'asimmetria delle posizioni dei contraenti, il rimedio pare trovare una più consona collocazione in una rinnovata prospettiva procedimentale, nella quale il recesso assurge a strumento diretto a realizzare lo specifico interesse della trasparenza e della libertà nella contrattazione.

Le fonti comunitarie hanno avuto nell'ordinamento italiano un più ampio effetto espansivo e propulsivo delle tutele, contribuendo ad integrare il quadro normativo tradizionale ben oltre gli ambiti consumeristici.

La più significativa espansione del recesso si è riscontrata nella progressiva diffusione dall'ambito dei contratti dei consumatori a quelli con altri contraenti deboli del mercato finale e dei rapporti endoprofessionali squilibrati.¹¹

Del passato si segnalano i limiti dovuti alla stratificazione di una legislazione episodica, settoriale e spesso frammentaria, che si sono manifestati in numerose lacune e divergenze tra le discipline e, negli anni, hanno richiesto diversi interventi di raccordo o risistemazione delle fonti.

Si vedrà come non appare risolutivo neanche il riordino legislativo dell'intera materia della contrattazione dei consumatori da ultimo realizzato con l'adozione di un apposito codice del consumo approvato con D. lgs 6 settembre 2005, n. 206.

All'interprete resta ancora affidata la ricostruzione dell'istituto, ossia della funzione, della natura e del complessivo regime ad esso applicabile, per riuscire a completare le numerose discipline vigenti che lo prevedono.

Sia nelle discipline passate e sia in quelle più recenti, infatti, risultano beneficiari del diritto di recesso, contraenti diversi dai consumatori che parimenti subiscono una posizione di forte squilibrio nei confronti della controparte professionale forte.

Il presente lavoro parte dalla ricostruzione della natura e del complessivo trattamento dell'istituto in ordine alle molteplici questioni ancora oggi non puntualmente regolate dall'essenziale legislazione di provenienza comunitaria, tra le quali: il regime delle prestazioni e delle posizioni dei contraenti prima, durante e dopo il trascorrere del termine per recedere.

A fronte di ciascuna delle numerose fattispecie attributive del diritto di recesso a favore del consumatore, si ripropone sempre un problema pratico

¹¹ Vicende analoghe si sono riscontrate in relazione ad altri strumenti di tutela, tra i quali i meccanismi della trasparenza contrattuale, i controlli di abusività e i regimi speciali delle nullità di protezione, che dall'iniziale ambito consumeristico, segnato dalle direttive comunitarie, nella legislazione nazionale sono stati progressivamente estesi anche a taluni rapporti endoprofessionali particolarmente squilibrati, nella specie, concernenti: la subfornitura industriale (legge 18 giugno 1998, n. 192, sulla quale A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2008; C. BERTI E B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2004; A. MUSSO, *La subfornitura*, Bologna, 2003; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002; AA.VV., *La subfornitura* a cura di ALPA e CLARIZIA, Milano, 1999; AA.VV., *La subfornitura* a cura di FRANCESCHELLI, Milano, 1999; G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive. Commento alla L. 18 giugno 1998, n. 192*, Milano, 1999; AA.VV., *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di CUFFARO, Napoli, 1998; in particolare, sulla più ampia fattispecie dell'art.9 dell'abuso di dipendenza economica: A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in AA.VV., *La subfornitura nelle attività produttive* a cura di V. CUFFARO, op. cit., p. 297 ss.; T. LONGU, *Il divieto di abusi di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 345 ss.; A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 1181 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso della dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la disciplina antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, p. 836 ss..

di individuazione della fonte integrativa del trattamento applicabile, prospettandosi soluzioni ermeneutiche profondamente differenti, se non addirittura contrastanti.

Da tale insoddisfazione muove l'ampia indagine che cercherà di evidenziare l'importanza, la complessità funzionale, la peculiare natura negoziale e la notevole incidenza individuale e generale di questo innovativo istituto rispetto alle sempre più vaste aree di contrattazione squilibrata sulle quali esso stende il crescente campo di applicazione.

La stessa insidiosità delle modalità di commercializzazione utilizzate dall'impresa, la quale esce dai propri spazi materiali per prendere diretto contatto con i clienti sia "aggredendoli" presso il loro domicilio, nei posti di lavoro o di svago, e sia attraverso i più agili e subdoli mezzi di comunicazione a distanza¹², e ancora il carattere oscuro e complesso dell'offerta di certi beni e servizi, sono tutti fattori che rendono oltremodo fragile la posizione del contraente colto di sorpresa o impreparato, menomandolo nella sua integrità del consenso e, quindi, nell'esercizio della libertà contrattuale.

In questi casi, i rapporti contrattuali tra l'impresa offerente, professionista, e il cliente, appaiono caratterizzati da un forte squilibrio. A carico del consumatore si percepisce una situazione di debolezza diffusa e strutturale.

Il recesso appare misura diretta a garantire un riequilibrio di posizioni tra i contraenti, che realizzi condizioni minime di effettività del consenso e della libertà contrattuale e di mercato. Ma non sempre è così!

Di fronte alla forte esigenza di strumenti di tutela della libertà contrattuale nuovi, più incisivi e moderni, per i quali autorevole dottrina ha proposto la locuzione di "rimedi di terza generazione",¹³ ed, al contempo, alla necessità dell'armonizzazione piena, è stata adottata dall'Unione la Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori del Parlamento e del Consiglio COM (2008) 614, presentata dalla Commissione Europea nel

¹² Sul diritto di recesso nei contratti a distanza, R. GIAMPETRAGLIA, *Commento agli artt. 67 duodecies, 67 ter-decies e 67- quater decies del Codice del Consumo*, in AA. VV., *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di MINERVINI e ROSSI CARLEO, Torino, 2009, p. 356 ss. Sui contratti a distanza ad oggetto servizi finanziari si rinvia a V. ZENO ZENCOVICH, *La nuova disciplina del commercio elettronico alla luce del d. lgs. 70/03. questioni generali ed ambito di applicazione*, op. cit., 36 ss.; F. BRAVO, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, op. cit.; p. 373 ss.; M. GIURGIOLA, *La direttiva 2002/65/Ce sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari: l'epilogo di una lunga attesa*, op. cit., p. 103 ss.

¹³ G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 336. In termini più generali, per designare il diritto di recesso può comunque utilizzarsi la locuzione di rimedio contrattuale nell'accezione più ampia e comprensiva (di mezzi previsti dalla legge a tutela del fisiologico dispiegarsi dell'autonomia privata) ormai invalsa in dottrina, v. S. MAZZAMUTO, *I rimedi*, in AA.VV., *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO, II, Milano, 2007, p. 739 ss.; V. ROPPO ID., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un paradigma*, in *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, p. 27ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 341ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tr. dir. priv.*, a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, Milano, 2001, p. 725 ss.

mese di ottobre 2008¹⁴, ed oggi, come già precisato, trasfusa nella direttiva 2011/83/UE di approvazione.

Ad oggi si deve riscontrare, infatti, che le direttive CE contengono clausole di armonizzazione minima che consentono agli Stati membri di mantenere o adottare norme più severe in materia di tutela dei consumatori.

A ciò va aggiunto il lievitare dei costi per le imprese che desiderano operare a livello transfrontaliero, col conseguente rischio di discriminazioni geografiche verso i consumatori residenti nei paesi periferici¹⁵.

Tale disomogeneità comporta una resistenza delle stesse imprese a vendere ai consumatori oltre frontiera, traducendosi in un pregiudizio per lo stesso acquirente, il quale non può beneficiare completamente del mercato interno in termini di quantità di offerte disponibili e di convenienza dei prezzi.¹⁶

Come si mostrerà ampiamente nel corso dello studio, le organizzazioni dei consumatori operanti negli Stati membri hanno accolto il progetto di direttiva in modo piuttosto critico, rilevando alcuni abbassamenti di tutela rispetto agli attuali scenari. Tale preoccupazione è resa ancora più forte dal fatto che questa regolamentazione sposterà un approccio di armonizzazione completa che impedirà ai singoli ordinamenti di mantenere in vigore norme più protettive per i consumatori.

Al riguardo, basti pensare allo stesso diritto di “ripensamento”, infatti, se per un verso la Direttiva prevede, in ordine alla durata del periodo di recesso (art. 12), un termine omogeneo di 14 giorni, quindi più ampio rispetto all’attuale, secondo il Codice del Consumo di 10 giorni lavorativi, nello stesso tempo si introducono altre regole più favorevoli per il professionista.¹⁷

¹⁴ Essa si propone di riunire ed armonizzare completamente le direttive 85/577/CEE, relativa alla tutela dei consumatori nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali; 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti; 97/7/CE, riguardante i contratti a distanza; 1999/44/CE, inerente taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, hanno prodotto un quadro normativo frammentato all’interno del mercato europeo. Il principio di armonizzazione completa è contenuto nell’art. 4 della direttiva 2011/83/UE secondo il quale: “...*Gli stati membri non possono mantenere o adottare nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso...*”.

¹⁵ Secondo il Regolamento CE n. 593/2008, relativo alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, 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: un commerciante che desidera vendere a livello transfrontaliero, dovrà quindi sostenere notevoli spese per essere certo di rispettare il livello di tutela vigente nel paese del consumatore.

¹⁶ M. DONA, *Il futuro della tutela contrattuale dei consumatori alla luce della Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Obbl. contr.*, 2009, pp. 582-594.

¹⁷ Le precedenti norme non prevedevano esplicitamente un termine e avevano consentito ai singoli Stati di stabilire diversi periodi per il cosiddetto *cooling-off-period*. In Italia questo termine è stato per lungo tempo di sette giorni di calendario (per le vendite fuori dei locali commerciali) e di dieci lavorativi (per le vendite a distanza). Il consumatore doveva, pertanto, confrontarsi non solo con due diversi termini temporali, ma anche con due diverse modalità di calcolo. Tali difficoltà erano state poi sanate dal legislatore uniformando termini e modalità di calcolo nei dieci giorni lavorativi previsti attualmente dall’art. 64 del codice del consumo.

Desta notevoli dubbi anche la norma su “*I requisiti formali delle vendite a distanza*”, laddove prevede che le informazioni debbano essere fornite, “ o messe a disposizione del consumatore “, prima della conclusione del contratto, in modo appropriato al mezzo di comunicazione di massa impiegato; la stessa clausola di chiusura potrebbe rivelarsi ancora una volta pregiudizievole per il consumatore, essendo il professionista che sceglie il mezzo di comunicazione secondo le sue esigenze organizzative.¹⁸

Un ulteriore abbassamento della tutela del consumatore lo riscontriamo nella previsione delle decorrenze: nel caso di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, il termine per recedere decorrerebbe, secondo la Proposta “...dal giorno in cui il consumatore firma il buono d’ordine e, qualora quest’ultimo non sia su supporto cartaceo, da quando riceve una copia dell’ordine su un altro mezzo durevole...”.

Nel Codice del consumo, all’art. 65 lett. b, il periodo di recesso, sia che si tratti di contratti porta a porta che di contratti a distanza, decorre dalla consegna del bene acquistato.

Nello stesso tempo il paragrafo 2 dell’art. 16 della proposta di Direttiva recita:”...per i contratti di vendita il commerciante può trattenere il rimborso finché non abbia ricevuto o ritirato tutti i beni oppure finché il consumatore non abbia dimostrato di aver restituito i beni, qualunque intervenga prima...”. In realtà dovrebbe essere il contrario, dal momento che spesso è il consumatore ad essere riluttante dinanzi alla possibilità di recedere per via dei costi necessari alla restituzione del bene e per il timore che il commerciante ometta la restituzione del prezzo pagato.¹⁹

Come si vedrà nel corso dell’indagine, molti sono ancora oggi i nodi che restano da sciogliere, in particolare, l’auspicata armonizzazione totale non fa altro che proporre, per il consumatore, livelli di tutela inadeguati alle normative vigenti, alle esperienze maturate ed ai mercati attuali.

¹⁸ In particolare il paragrafo 1) dell’art. 11 della Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori, recita: “...Per quanto riguarda i contratti a distanza le informazioni di cui all’art. 9, lettera a) devono essere fornite o messe a disposizione del consumatore prima della conclusione del contratto, in un linguaggio semplice e comprensibile e in modo leggibile e appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato. 3) Se il contratto è concluso mediante un mezzo che consente uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni, il commerciante deve fornire almeno le informazioni riguardanti le caratteristiche principali del prodotto...Le altre informazioni di cui agli articoli 5 e 7 devono essere fornite dal commerciante in un modo appropriato conformemente al paragrafo 1...”.

¹⁹ M. DONA, *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: luci ed ombre nel futuro della tutela contrattuale*, op. cit., 582 ss.

CAPITOLO I

IL DIRITTO DI RECESSO ALLA LUCE DELLA POLITICA EUROPEA E NAZIONALE DI PROTEZIONE ELEVATA DEL CONSUMATORE: DALLE DIRETTIVE COMUNITARIE AL CODICE DEL CONSUMO

1.1. La politica di protezione del consumatore:

a) nel Trattato di Maastricht

L'attenzione ai diritti dei consumatori e l'individuazione di un loro rilievo costituzionale affondano le radici nella riflessione giuridica di fine '900.

Il diritto del consumatore, in quanto tale, trova espressione solo più tardi, con l'avvento della società capitalista, dapprima nell'esperienza giuridica americana e poi anche in Europa.²⁰

La tutela dei consumatori è diventato un obiettivo centrale della politica comunitaria con il Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, ratificato dall'Italia con la L. n. 454/1992 entrata in vigore il 1 gennaio 1993. Il Trattato di Roma lasciava in ombra la tutela dei consumatori pur affermando, nel preambolo, che scopo essenziale della Comunità è il miglioramento costante delle condizioni di vita dei popoli,²¹ per cui con l'inserimento nel Trattato dell'art. 100 A, par. 3, ad opera dell'Atto Unico Europeo, si è stabilito che la Commissione, nelle proposte “ *in materia di*

²⁰ A risvegliare il legislatore europeo dal profondo torpore in cui era assorto, intervengono gli stessi consumatori, i quali acquisiscono gradualmente consapevolezza della propria situazione e dello stato di debolezza cui l'economia capitalistica li condanna. Cominciano a susseguirsi convegni, tavole rotonde, riviste ed opuscoli, trasmissioni radiofoniche e televisive, attraverso le quali i consumatori si scambiano informazioni acquistando coscienza della propria forza.

Importante è stata l'esperienza della Francia, dove già a partire dagli anni settanta si è sentita la necessità di introdurre a favore del consumatore strumenti di tutela che prescindessero dall'esistenza o meno di un comportamento scorretto del venditore e che mirassero a tutelare il consumatore solamente per il suo stato di *faiblesse*, per la sua sensibilità di fronte a sollecitazioni pubblicitarie; si è così introdotto il *droit de repentir* inteso come diritto di ritornare sul proprio impegno, come diritto di pentirsi di una manifestazione di volontà negoziale, atta a togliere effetto ad una precedente dichiarazione. R.BAILLOD, *Le droit de repentir*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1984, 320. Nonostante l'anzianità della normativa francese a tutela dei consumatori, in particolare di quella relativa al *droit de repentir*, l'applicazione della legislazione francese speciale a tutela del consumatore è risultata particolarmente problematica dopo l'emanazione della direttiva CE 85/577 sulla vendita fuori dai locali commerciali, che, regolano ipotesi già previste dalle leggi speciali, di fatto è venuta a sovrapporsi alla disciplina francese preesistente, creando non poche difficoltà dal punto di vista del coordinamento tra le diverse discipline. Sull'argomento v. G. ALPA, *Credito al consumo e tutela del debitore nell'esperienza francese*, in *Foro it.*, V, 1978, p. 172; P. MANES, *Il diritto di pentimento nei contratti dei consumatori dalla legislazione francese alla normativa italiana in attuazione della direttiva 85/577*, 1996, p. 676.

²¹ A.M. PRINCIGALLI, *La responsabilità civile*, in *Tr. dir. priv. eur.* a cura di LIPARI, Padova, 2003, p. 478 ss.

sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato".²²

Con il successivo Trattato di Maastricht, alla protezione dei consumatori è stato dedicato un apposito titolo del Trattato CE, l'undicesimo, nel quale l'Unione ha inaugurato ufficialmente la nuova politica di intervento, attribuendosi specifiche competenze in materia. Un primo richiamo è contenuto nell'art. 3, lett. s), il quale individua come obiettivo dell'azione comunitaria "... contribuire al rafforzamento della protezione dei consumatori..."; il successivo art. 129 A designa la duplice strada da seguire per poter raggiungere l'obiettivo indicato di realizzare un livello elevato di protezione dei consumatori, riferendosi a: a) misure da adottare ex art. 100 A nell'ambito della realizzazione del mercato comune; b) azioni specifiche di sostegno ed integrazione delle politiche condotte dai singoli Stati membri al fine di tutelare la salute, gli interessi economici dei consumatori e di garantire loro un'informazione adeguata.²³

Lo stesso articolo lascia comunque liberi i singoli Stati membri di mantenere o adottare misure di tutela più rigorose, alla sola condizione che siano compatibili con il Trattato.²⁴

²² Art. aggiunto dall'art. 18 dell'Atto Unico europeo entrato in vigore il 1.7.1987 (L. 23.12.1986, n. 909) con il quale è stato modificato ed integrato il Trattato di Roma, in *G.U. supp. Ord.* 29.12.1986, n. 300. L'Atto unico europeo, infatti, fornisce una nuova base giuridica alla protezione dei consumatori. Pur non riconoscendo in modo specifico una politica dei consumatori tra le attività comunitarie, l'articolo 100A afferma in modo esplicito la necessità di un alto livello di protezione dei consumatori. Inoltre i cambiamenti delle regole del voto, col passaggio per molte decisioni dall'unanimità a una maggioranza qualificata degli Stati membri, e l'introduzione del principio di reciprocità, cambiano il contesto istituzionale in cui si è sviluppata la politica dei consumatori.

²³ La lettura del 1° paragrafo dell' articolo 129 A evidenzia come, a livello comunitario, fossero già in uso espressioni adottate dal legislatore italiano solo nel 1998: "...1. La Comunità contribuisce al conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori mediante: a) misure adottate in applicazione dell'art. 100 nel quadro della realizzazione del mercato interno; b) azioni specifiche di sostegno ed integrazione della politica svolta dagli Stati membri al fine di tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori e di garantire loro un'informazione adeguata...". Il Trattato, che pur segna un notevole passo avanti nella politica di tutela del "consumatore", manca di una generale definizione di tale figura. Solo con le direttive comunitarie si sono delineati a livello legislativo i contorni di tale figura, seppure a carattere settoriale. Tuttavia, nonostante il limite della settorialità, tali direttive forniscono all'interprete degli elementi sulla base dei quali ricostruire la figura del "consumatore". L'impegno così assunto, in chiave prettamente propulsiva, ha preparato il terreno per interventi particolarmente incisivi, susseguitisi nel tempo, tali da rendere questa materia una di quelle in cui il diritto comunitario ha maggiormente condizionato la politica interna dei singoli Stati.

²⁴ La programmazione nel settore della politica di tutela degli interessi dei consumatori è stata attuata solo con la comunicazione della Commissione del 28.03.1990 con cui si è approvato il primo piano generale di azione triennale, relativo al periodo 1990-92. Il piano ha percorso le stesse linee guida della nota Risoluzione del Consiglio del 14.4.1975 con cui erano stati fissati gli obiettivi della protezione della salute e della sicurezza dei consumatori, della salvaguardia dei loro interessi economici, della predisposizione di sistemi di consulenza, assistenza e risarcimento dei danni, dello sviluppo delle iniziative nel campo dell'informazione e della formazione dei consumatori, dell'individuazione di efficaci meccanismi di consultazione e rappresentanza di questi ultimi nelle procedure di elaborazione delle decisioni che li riguardano. Il secondo piano di azione triennale della Commissione, relativo al triennio 1993-95 ed intitolato al mercato unico al servizio dei consumatori, si è collocato nella prospettiva di attuazione del Trattato di Maastricht, articolandosi nei due orientamenti fondamentali del consolidamento del corpus legislativo comunitario e

La politica di protezione del consumatore, ufficializzata con l'art. 129 A del Trattato sull'Unione Europea, trova immediata ragione di esistenza nell'obiettivo di uniformazione del diritto vigente nei vari Stati membri, il quale rappresenta una tappa obbligata nel cammino verso il mercato comune. In tal senso chiarificatore è l'art. 3, lett. h) del Trattato, ove, tra gli obiettivi della Comunità, si individua quello del "riavvicinamento delle legislazioni nazionali nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune".

Il consumatore, quale soggetto destinatario di tutela secondo un ben definito filone normativo, si inserisce, in tal modo, in questa politica del mercato comune.²⁵

E questo è il salto qualitativo che rappresenta il passaggio ad una vera e propria politica di tutela del contraente debole, da perseguire a livello europeo.

Il consumatore assume rilievo in un'ottica maggiormente economica; infatti, come puntualizzato dal Comitato economico e sociale nel parere sul "Consumatore ed il mercato interno" del 24/11/1992, la Comunità, nell'esercizio delle funzioni attribuitele dall'art. 129 A del Trattato, deve creare condizioni tali da consentire ai consumatori di assolvere nel miglior modo possibile alla loro funzione di "arbitri del mercato", in quanto la mancata realizzazione di tale obiettivo determinerebbe un funzionamento inefficiente del mercato stesso.²⁶

dell'individuazione di priorità selettive al fine di migliorare il livello esistente di tutela dei consumatori e renderli maggiormente coscienti dei loro diritti.

²⁵ Da una parte l'uniformazione del diritto dei contratti e delle obbligazioni non potrebbe avvenire senza una politica degli atti di consumo, considerato che i vari Stati membri manifestavano verso tale settore una diversa sensibilità di partenza, cosicché a Stati che non riconoscevano al consumatore una soggettività per certi versi differenziata dalla persona fisica, si collocavano altri i quali già avevano varato una più o meno organica normativa interna di *consumer protection*. La disciplina concorda su tale conclusione: C. CASTRONOVO, *I principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, I, p. 30; G. GANDOLFI, *L'unificazione del diritto dei contratti in Europa mediante o senza legge?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 157. Era necessario perciò agire sui vari ordinamenti nazionali, sia introducendo nuove regole di settore in precedenza ignorate dai vari Stati membri, sia diffondendo con le opportune modifiche dettate dagli obiettivi del Trattato, discipline già sperimentate sul piano nazionale. Questo è il duplice modello di intervento che guida l'azione delle istituzioni comunitarie. Il primo modello è stato seguito con la direttiva CEE n. 85/374 sulla responsabilità del produttore; un fenomeno di estensione di una disciplina già adottata da uno Stato membro si è invece avuta con la direttiva CEE n. 85/577 sulle vendite negoziate fuori dai locali commerciali.

²⁶ Tra questi meccanismi il Comitato segnala una maggiore informazione dei consumatori, una migliore politica della concorrenza che tenga conto degli interessi di questi ultimi, la tutela giudiziale dei diritti dei consumatori in tutte le politiche comuni che hanno un effetto diretto o indiretto sugli interessi dei consumatori stessi.

Ciò è la conseguenza della natura prettamente economica della legislazione unificatrice di matrice comunitaria, nel cui alveo si inserisce il filone normativo che accorda protezione al consumatore, il cui obiettivo principale è di porsi in sintonia con gli obiettivi cardine del Trattato: tra questi l'instaurazione del mercato interno "caratterizzato dall'eliminazione fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali" (art. 3, lett. c) del Trattato), alla cui causa è funzionale più la riforma di alcuni settori di diritto privato dell'economia che quella delle aree tradizionalmente occupate dal diritto di famiglia e delle persone.

b) nella legislazione comunitaria

La protezione del consumatore, pertanto, da obiettivo mediato di singoli e disorganici interventi settoriali delle istituzioni comunitarie ispirati dall'intento di armonizzare le differenti legislazioni degli Stati membri della Comunità in materia di rapporti economico-commerciali, è divenuto negli ultimi anni elemento catalizzatore di un vero e proprio filone normativo che ormai si sviluppa secondo le direttive di una precisa politica comunitaria.²⁷

Ciò che si coglie dall'esame complessivo dei vari interventi comunitari è l'edificazione di una vera e propria politica comunitaria di protezione dei consumatori: nonostante le direttive si occupino di essa con riferimento a specifici settori del mercato, le stesse sono accomunate da una identica finalità di omogeneizzazione dei mezzi di tutela riconosciuti e del grado di protezione assicurato dalle singole legislazioni nazionali, quale tappa necessaria per la creazione ed il funzionamento di un mercato comune, primario obiettivo cui mira la stessa nascita della Comunità europea²⁸.

²⁷ La programmazione nel settore della politica di tutela degli interessi dei consumatori, è stata organicamente attuata soltanto con la comunicazione della Commissione del 28.3.1990 con cui si è approvato il primo piano generale di azione triennale, relativo al periodo 1990-92 (Boll. CEE 3-90, 1.1.1993). Il piano ha percorso nella sostanza le medesime linee guida della nota Risoluzione del Consiglio del 14.4.1975 (G.U.C.E., 25.4.1975, n. C 92/1), con cui erano già stati fissati gli obiettivi della protezione della salute e della sicurezza dei consumatori, della salvaguardia dei loro interessi economici, della predisposizione di sistemi di consulenza, assistenza e risarcimento dei danni, dello sviluppo delle iniziative nel campo dell'informazione e della formazione dei consumatori, della individuazione di efficaci meccanismi di consultazione e rappresentanza di questi ultimi nelle procedure di elaborazione delle decisioni che li riguardano. Il secondo piano generale di azione triennale della Commissione (*Doc. COM (93) 378*, del 26.7.1993), relativo al triennio 1993-95 ed intitolato al mercato unico al servizio dei consumatori, si è collocato nella prospettiva di attuazione del Trattato di Maastricht. Ed è proprio qui che si manifesta l'intenzione del governo comunitario di spostare l'attenzione dal piano del mero intervento normativo e del riconoscimento astratto dei diritti, a quello dell'attuazione concreta che di esso facciano gli Stati membri dell'Unione. Tra le priorità individuate dal piano si segnalano: l'informazione dei consumatori, il miglioramento ed ampliamento delle modalità di concertazione, l'accesso alla giustizia e la composizione delle controversie, l'adeguamento dei servizi finanziari alle esigenze dei consumatori. Il secondo piano di azione si caratterizza per l'attenzione riposta dalla Commissione al tema dei rapporti tra politica dei consumatori ed altre politiche comunitarie. La Commissione nell'introduzione al piano, sottolinea come la politica di protezione dei consumatori arreca benefici non indifferenti anche in altri settori dell'azione comunitaria: "...la politica dei consumatori, contribuendo in modo significativo al successo del funzionamento del mercato interno e grazie all'importanza che attribuisce alla garanzia di un'ampia scelta di servizi e di beni, migliora il potenziale economico e le prospettive occupazionali della Comunità. Una maggiore attenzione alle attese e alle disponibilità dei consumatori in materia di beni e servizi, consentirà di migliorare la competitività dei produttori della Comunità, che si verranno conseguentemente a trovare in una posizione più vantaggiosa sui mercati esterni...".

²⁸ In tal modo si spiega lo sviluppo, anche a livello europeo, del c.d. *consumerism*, movimento che, sviluppatosi agli inizi del secolo in America, ricomprende tutte le iniziative finalizzate a riconoscere, tutelare ed affiancare il consumatore. La nascita del fenomeno è avvenuta negli Stati Uniti, ed è proprio qui che iniziano a svilupparsi sistemi economici di capitalismo monopolistico ed oligopolistico a fronte dei quali nasce l'esigenza di tutelare le categorie di cittadini-consumatori, per loro natura caratterizzati da "una debolezza di contrattazione" rispetto alle grandi imprese. Anche in Italia il *consumerism* ha trovato il suo sviluppo attraverso numerose associazioni sorte al fine di tutelare i consumatori. L'analisi storica del fenomeno consente di ravvisare in Italia, già nel 1950, la

Gli obiettivi- cardine della politica comunitaria sono stati definiti con le linee seguenti: un'efficace protezione contro i rischi per la salute e la sicurezza del consumatore; un'efficace protezione contro i rischi che possono nuocere ai suoi interessi economici; l'informazione e l'educazione dei consumatori; la consultazione e la rappresentanza dei consumatori nella preparazione delle decisioni che lo riguardano.

L'attesa opera di codificazione del termine " consumatore " ha negli ultimi anni subito un'accelerazione improvvisa in quanto il legislatore comunitario ha inaugurato la prassi di adottare, nei testi delle più importanti direttive e proposte di direttiva approvate in materia di *consumer protection*, definizioni di consumatore " relazionali", prive, cioè, del carattere della generalità e meramente strumentali all'intervento normativo cui accedono.²⁹

Il Giudice comunitario non solo ha difeso la specificità delle definizioni legislative di consumatore ed imprenditore, ritenendole " *sufficientemente precise per consentire al Giudice nazionale di individuare i soggetti su cui gravano le obbligazioni ed i beneficiari dell'adempimento di queste*"³⁰, ma si è finora opposto fermamente alle istanze provenienti da gran parte della dottrina e da alcune corti nazionali finalizzate ad ampliare tali nozioni.

Sempre su sollecitazione comunitaria, più di recente è stata recepita un'altra disciplina contrattuale significativa che interessa i settori finanziario, assicurativo e bancario, relativa alla disciplina della commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori (D.lgs. 19 agosto 2005, n. 190).³¹

prima organizzazione privata a difesa dei consumatori. F. CARINGELLA – G. DE MARZO, *I contratti dei consumatori*, Utet, 2007, p. 5 ss. In generale, G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1999.

²⁹ G. ALPA, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 545; G. ALPA – M. BESSONE, *Il consumatore e l'Europa*, Padova, 1980, p. 3 ss. La direttiva CEE n. 93/13, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, contiene all'art. 2 la seguente definizione di consumatore: " *...qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale...* " (*G.U.C.E.* 21.04.1993, n. L. 95/29). La definizione viene trasferita senza modifiche sostanziali nel testo dell'art. 1469 bis, 2° co., c.c. introdotto dalla legge 06.02.1996, n. 52 (legge comunitaria per il 1994), per il quale consumatore è " *::: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta...* ". Il dualismo consumatore-imprenditore intorno al quale ruota qualsiasi intervento comunitario di *consumer protection*, fa giustizia dei dubbi sovente sollevati in dottrina circa l'utilità di una nozione generale di consumatore. Dubbi sull'utilità di tale nozione sono stati sollevati da MAZZONI, *Contro una falsa categoria : i consumatori*, in *Giur. Comm.*, 1976, p. 624 ss. Secondo l'autore la nozione corrente di consumatore " *... contiene in sé il richiamo alla tutela di interessi così poco omogenei e significanti dal punto di vista economico-politico, per poter essere riferiti ad una classe sociale particolare (o a ceti sociali vicini), da impedire qualunque possibile riferimento a parametri di valutazione di politica generale... E' comunque significativo che, parlando di consumatori, non si sia cercato di unificare gli interesse relativi attorno a qualcosa di meno fuggevole e irrilevante di un bene destinato al consumo di massa, senza indagare su quali rapporti sociali, o su quale situazione economica, il bene incidere...* ".

³⁰ Corte CE 14 luglio 1994, causa n. C-91/92, in *Contr.*, 1994, p. 597.

³¹ Attuativo della direttiva n. 2002/65/CE relativa alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori.

In essa sono contemplate ulteriori fattispecie attributive del “rimedio”, giustificate dal carattere insidioso della sollecitazione in ragione sia delle modalità di contrattazione, a distanza, e sia della natura complessa dell’oggetto dell’offerta, dei servizi finanziari, che in parte si sovrappongono a quelle previgenti, settoriali e generali, suscitando delicati problemi di coordinamento e di applicazione.

La diffusa esigenza di uniformare in ambito comunitario i regimi applicabili all’attività sollecitatoria delocalizzata delle imprese per le offerte commerciali più insidiose, quindi, esprime la ragione profonda di una informazione generale che, pur mirando nell’immediatezza a reprimere conclamati abusi a danno dei consumatori aggrediti e sorpresi, soddisfi esigenze più stabili e durature di riorganizzazione e sviluppo del mercato unico.³²

Si è così assistito al rapido susseguirsi degli interventi normativi, tutti incentrati sulla tutela del contraente debole.

Tali interventi normativi, che prevedono il diritto di recesso, si possono utilmente riferire ai diversi campi della contrattazione d’impresa che, in più momenti, si sono aperti al libero mercato transnazionale, in ragione sia della rete o canale di distribuzione, sia della natura di taluni beni e soprattutto servizi, specie quelli immateriali, che con maggiore facilità possono essere forniti anche a distanza.³³

Si intende sottolineare in primo luogo la novità dell’istituto, rispetto al tradizionale quadro codicistico nazionale, nonché la comune matrice comunitaria delle principali e più risalenti fonti normative³⁴, che richiamano uno schema di tutela elaborato e da tempo diffuso nelle esperienze di altri paesi europei.³⁵

³² Sulla disciplina del mercato nella prospettiva del diritto privato europeo, v. G. ALPA, M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato*, a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, 2005, p. 539 ss.; A. JANNARELLI, *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 LIPARI, III, *L’attività e il contratto*, Torino, 2003, p. 3 ss.

³³ C. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, *op. cit.* p. 21 ss.

³⁴ Nell’ambito della più ampia prospettiva comunitaria ed europea della disciplina a tutela dei consumatori, anche in chiave di comparazione, con riferimento allo speciale rimedio, v. R. CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia*, diretto da GALGANO, XXXIV, Padova, 2005, p. 249 ss.; A.M. MANCALEONI, *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, Napoli, 2005, p. 188 ss.

³⁵ Con riferimento alle prime applicazioni del rimedio nella legislazione francese in materia di vendite aggressive, v. F. ASTONE, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Tr. dir. priv. eur.*, a cura di LIPARI, IV, *Singoli contratti. La responsabilità civile. Le forme di tutela*, *op. cit.*, p. 37 ss.; G.B. FERRO, *La vendita “porta a porta”*, in *Nuova giur. civ.*, 1998, p. 137 ss.; D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996, p. 11 ss.; B. BESSONE, *La tutela del consumatore nella recente evoluzione del diritto francese*, in *Foro it.*, 1974, V, p. 192 ss.; F. ORIANA, *La legge francese sulla vendita a domicilio e la protezione del consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 1570 ss.; P. MANES, *Il diritto di pentimento nei contratti dei consumatori dalla legislazione francese alla normativa italiana in attuazione della direttiva 85/577*, *op. cit.*, p. 674 ss.;

Con riferimento all’esperienza tedesca, v. F. BARBERIS, *Le vendite a domicilio nella Repubblica federale tedesca. La legge 16 gennaio 1986*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 66 ss.; G. GABRIELLI, *L’attuazione in Germania e Italia della direttiva europea sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 719 ss.

Allo stato attuale le direttive hanno lasciato che il regime del recesso fosse, tendenzialmente, rimesso alle normative nazionali, nelle quali il legislatore ha esercitato la sua discrezionalità in modo variegato. La fonte comunitaria è rimasta pressoché silente sulla disciplina degli effetti del recesso, limitandosi ad interventi saltuari e lacunosi concernenti talune conseguenze dell'esercizio del diritto medesimo. La direttiva sulle vendite fuori dei locali commerciali, ad esempio, precisa che il recesso comporta la liberazione dalle rispettive obbligazioni (art. 5 comma 2 dir. 1985/577/CEE), mentre quella sui contratti a distanza stabilisce che il consumatore possa essere esclusivamente onerato dei costi di spedizione del bene ricevuto e che il professionista debba rimborsare senza penalità ed immediatamente (o entro il termine massimo di trenta giorni) la somma versata dal consumatore (art. 6 comma 2 direttiva 1997/7/CE).³⁶

Quello del maggior favore per il consumatore costituisce anch'esso criterio recepito dalle fonti precedenti di matrice comunitaria e, all'interno del codice di settore, più volte utilizzato sia per superare le precedenti antinomie, sia per risolvere i casi di concorso di regimi o norme applicabili.³⁷

Nell'ambito dell'azione politica governativa e comunitaria volta a promuovere l'elevato livello di protezione dei consumatori, insistono attualmente i principali strumenti di tutela del contraente debole attorno ai quali ruota la disciplina del Codice, in particolare gli obblighi di informazione, la disciplina delle clausole abusive, che è stata espunta dal Codice civile, nonché il diritto di recesso, la cui applicazione spazia dalla contrattazione fuori dai locali commerciali alla circolazione dei diritti di godimento a tempo parziale sui beni immobili.³⁸

A fronte degli ampi spazi di discrezionalità concessi agli Stati membri, la Corte di giustizia, chiamata ad interpretare il significato delle lacune in molti casi presenti nelle direttive, si è trovata a dover fornire linee

³⁶ C.A. PUPPO, *Contratti a distanza e recesso nella giurisprudenza comunitaria*, in *Contr.*, 2010, p. 363 ss. Autorevole dottrina ha qualificato il recesso dalle vendite a distanza come mezzo di posticipazione degli effetti del contratto sulla falsariga della sequenza contratto di opzione-contratto definitivo, in cui l'opzione si perfeziona con l'accettazione dell'acquirente. Si tratterebbe di un'opzione gratuita dalla quale discendono solo obblighi per il proponente, ossia la spedizione delle merci acquistate o l'esecuzione del servizio promesso, cui segue la stipulazione del contratto definitivo trascorsi inutilmente i termini previsti dalla legge per l'esercizio del recesso.

³⁷ Art. 15, comma II, del d. lgs. 22 maggio 1999, n. 185 (Attuazione della direttiva 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza).

³⁸ R. GIAMPETRAGLIA, *Il diritto di recesso nel codice del consumo*, in *Notar.*, 2007, p. 79 ss.

A livello comunitario la direttiva 85/577/CEE, che regola appositamente l'obbligo di informazione e che stabilisce che gli Stati membri prevedano "*misure appropriate per la tutela dei consumatori qualora non venga fornita l'informazione di cui...*" all'art. 4 della direttiva, impone al professionista di "*...informare per iscritto il consumatore...*", nel caso di contratti stipulati fuori dai locali commerciali, "*... del suo diritto di rescindere il contratto entro i termini di cui all'art. 5, nonché del nome e indirizzo della persona nei cui riguardi può essere esercitato tale diritto. Detta informazione deve recare una data e menzionare gli elementi che permettono d'individuare il contratto...*". Ciò perché il legislatore comunitario considera necessario adottare opportuni provvedimenti affinché il consumatore sia " *informato per iscritto del suo diritto a disporre di questo periodo di riflessione*".

guida al legislatore interno,³⁹ oltrepassando anche la funzione nomofilattica tradizionalmente riconosciuta, nel tentativo di arginare le conseguenze negative dell'eventuale elusione della normativa a tutela del consumatore da parte di professionisti disinvolti nella predisposizione di clausole eventualmente abusive.

³⁹ CORRADO, *Schulte c. Deutsche Bausparkasse Badenia AG*, in *Guida dir.*, 2005, 103.

c) nella legislazione italiana: le novità introdotte dalla L. 281/1998

Passando alla legislazione più recente, un potenziale e tuttavia non sviluppato riconoscimento del diritto del consumatore si trova nella relazione al Re del libro quinto del codice civile italiano, approvato con r.d. 30/01/1941, XIX, n. 17. La concezione corporativa in cui il codice ha visto la luce e la centralità dell'*homo oeconomicus* hanno tuttavia impedito di valorizzare la tutela del consumatore, relegandolo a mero acquirente, locatario, mutuatario, senza riconoscergli autonoma dignità.

Con la Risoluzione del Consiglio del 15.12.1986, la politica di protezione dei consumatori viene considerata in rapporto alle altre politiche della Comunità affinché se ne tenga conto negli interventi normativi.⁴⁰

Apice di questo percorso è la legge sui diritti dei consumatori e degli utenti del 30/7/1998, n. 281, considerata il *bill of right* dei consumatori.⁴¹ In questa legge sono riconosciuti e tutelati i diritti fondamentali dei consumatori relativi a salute, sicurezza e qualità di prodotti e servizi, adeguata informazione e corretta pubblicità, educazione al consumo, trasparenza, equità dei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi, promozione dello sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico, erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità ed efficienza.

La Legge n. 281/1998 recante la "Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti", si apre con una norma di carattere programmatico, con il quale il legislatore si impegna, in conformità ai principi contenuti nei trattati istitutivi della Comunità Europea e nel trattato sull'Unione europea, nonché nella normativa comunitaria derivata, a riconoscere e garantire gli interessi, sia individuali che collettivi, dei consumatori e degli utenti, a promuoverne la tutela in sede locale e nazionale, anche in forma collettiva e associativa, a favorire le iniziative rivolte a perseguire tali finalità, anche attraverso la disciplina dei rapporti tra le associazioni dei consumatori e degli utenti e le pubbliche amministrazioni.⁴²

⁴⁰ Cfr. G.U.C.E. 07.01.1987, n. C 3/1; G.U.C.E., 05.07.1987, n. C 167/1.

⁴¹ G. ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, in *Corr giur.*, 1998, p. 997. G. ALPA, *La nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, in *Studium iuris*, 1998, p. 1315 ss.; G. ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, in *Corr. Giur.*, 1998, p. 999 ss.; A. GIUSSANI, *La tutela di interessi collettivi nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, in *Danno resp.*, 1998, p. 1061 ss.; G. BIANCO, *Brevi considerazioni sui diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti*, in BARBA, *La disciplina dei consumatori e degli utenti*, Napoli, 2000, p. 289 ss.

⁴² F. CARINGELLA- DE MARZO, *I contratti dei consumatori*, op. cit., p. 37. Si delinea in tal modo la politica da seguire per intervenire in maniera incisiva sul piano della protezione dei consumatori, riconoscendo i diritti di cui gli stessi sono titolari, ma soprattutto dotandoli di strumenti che possano garantire l'effettività della tutela. Per quanto si parli di diritti fondamentali, non possono essere equiparati a quelli di stampo costituzionale riconosciuti all'uomo in quanto tale; si tratta di diritti essenziali che non possono essere violati senza un'adeguata sanzione e le cui disposizioni non sono programmatiche, ma imperative. Si veda anche P. FABBIO, *Questioni in materia d'inibitoria collettiva ex art. 1469 sexies c.c. alla luce della L. 30 luglio 1998, n. 281 sui diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Giur. Comm.*, 2003, II, p. 723 ss.; A. RICCOBENE, *Violazione del diritto comunitario e tutela*

Lo stesso art. 2 dell'attuale cod. cons., riproduce nei suoi commi la seconda disposizione dell'articolo 1, 1° co., L. 281/1998 ed il 2° co. di questo stesso articolo.⁴³

In un'ottica di adeguamento ai programmi comunitari relativi alla tutela delle garanzie partecipative delle rappresentanze dei consumatori, la L. n. 281/1998 è intervenuta mediante l'istituzione, presso il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato, del Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, organo composto da rappresentanti delle associazioni con funzioni consultive e di promozione delle politiche di sostegno dei consumatori (art. 4).⁴⁴

Salute, sicurezza, informazione, accesso alla giustizia, rappresentanza, sono temi che tornano in ambito europeo fin dall'emanazione della Carta europea del consumatore da parte del Consiglio d'Europa nel 1973.

Dal momento che questi diritti non possono essere violati senza determinare un'adeguata reazione da parte dell'ordinamento, le norme che li prevedono non potranno essere mai meramente programmatiche, ma dovranno essere munite di una sanzione adeguata, la cui effettività sia garantita attraverso rimedi processuali rapidi ed efficaci, quale quello disposto dall'art. 3 della L. 281/98.

Tale legge si occupa non solo della dimensione collettiva della tutela dei consumatori, ma anche della dimensione individuale: "... sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei

dei singoli, in *Eu. dir. priv.*, 2002, p. 401 ss.; E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano, 2002, p. 25 ss.; G. CHINÉ, *Consumatore (contratti del)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 2000, p. 429 ss.

⁴³ "Il codice del consumo riordina e solo marginalmente innova la legislazione sui consumatori. Ma grazie al nome ne fa apparire diversa la ricostruzione: autorizza a credere che sia divenuta un sistema giuridico. Vi è indubbiamente nel codice un'opera di sistemazione. Definizione, concetti, rimedi ne escono in parte rimaneggiati. Le modifiche però non sono molte né profonde, e vi sono segni di sconnessione, e tracce di redazione affrettata. Non sono dunque le innovazioni che dispiegano luce di sistema sul diritto codificato dei consumatori; da questo punto di vista il progresso è inferiore alle attese. La verità è un'altra: le norme preesistenti, riprodotte, anche invariate, sotto un aulico nome, legittimano operazioni ermeneutiche ed integrative che fanno progredire il diritto privato europeo dei contratti. Per il solo fatto di cambiare la geometria il codice ha innovato", così A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *Contr.*, 2006, p. 159.

In relazione ai valori essenziali sottesi all'elenco di cui all'art. 1 è possibile effettuare, sul piano classificatorio, una tripartizione dei diritti fondamentali del consumatore in diritti di carattere sociale o generale (salute, sicurezza e qualità dei prodotti, efficienza dei servizi pubblici), diritti di carattere economico (correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali) e, infine, diritti di carattere informativo-divulgativo (adeguatezza dell'informazione, educazione al consumo e promozione dell'associativismo). Tale classificazione non può non ritenersi sul piano della tutela, che risulterà anch'essa articolata su tre livelli: quello informativo, afferente alla fase precedente l'eventuale stipulazione, quello contrattuale e quello risarcitorio teso a proteggere il consumatore nel momento patologico della vicenda contrattuale. Il principio di trasparenza dei rapporti contrattuali dovrebbe tendere ad assicurare la chiarezza, l'intelligibilità delle clausole contrattuali, nonché una adeguata informazione nel corso delle trattative e dell'esecuzione del contratto.

⁴⁴ L'istituzione di alcuni organi consultivi circa i problemi dei consumatori e degli utenti era già prevista da alcune leggi regionali (leggi reg. Abruzzo, 12.1.1984, n. 3; Lombardia, 14.02.1985, n. 11; Umbria, 10.7.1987; Marche, 30.8.1996; Veneto, 15.1.1985, n. 3; Piemonte, 25.3.1985, n. 21; Toscana, 2.5.1985, n. 48; Liguria, 22.6.1988, n. 24). Al riguardo v. E. CIPRIANI, *La tutela del consumatore: tendenze della legislazione regionale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1991, p. 511 ss.; R. COLAGRANDE, *Diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 1998, p. 739 ss.

consumatori e degli utenti, ne è promossa la tutela in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva e associativa, sono favorite le iniziative rivolte a perseguire tali finalità...” (art. 1, 1° co.).⁴⁵

Il legislatore del 1998 sottolinea con vigore il diritto del consumatore ad una adeguata informazione, intesa come obbligo incombente su un determinato individuo, di portare alla conoscenza di un altro soggetto una determinata circostanza, in ragione di un dato rapporto sussistente tra le parti.

Solo una corretta informazione permetterà al consumatore di effettuare una scelta ponderata.

Attraverso il trasferimento al consumatore di una serie di informazioni precontrattuali di cui dispone la parte professionale, il legislatore intende consentire una corretta formazione della volontà contrattuale anche nel contraente meno esperto e meno informato quale è il consumatore.

Questi deve poter valutare con maggiore attenzione la convenienza dell'affare e deve avere coscienza del riconoscimento in suo favore di un diritto di recesso, dei termini e delle modalità del suo esercizio e degli elementi essenziali del contratto o della proposta contrattuale. L'obbligo informativo, come si vedrà, è strumentale ad un corretto esercizio del diritto di recesso e ad una piena protezione della libertà negoziale del consumatore in fattispecie negoziali nelle quali la sua volontà può essersi formata in maniera non del tutto consapevole ed informata.

Come tale si affianca ad altri strumenti normativi che formano parte integrante del sistema di regole preordinato alla tutela del contraente “ non professionale”: obblighi specifici di informazione a carico della controparte; particolari vincoli di forma; misure volte a reprimere la pubblicità ingannevole.

⁴⁵ Legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori sono soltanto le associazioni dei consumatori e degli utenti iscritte nell'apposito elenco, istituito presso il Ministero dell'Industria, delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 281/98. Le associazioni dei consumatori e degli utenti “ *sono legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi, richiedendo al giudice competente: a) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti; b) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; c) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate*” (art. 3, 1 co.). Le stesse associazioni devono intervenire non tanto e non solo quando il prodotto abbia scatenato l'evento lesivo ma, ancor prima, onde evitare la commercializzazione di beni di cui si debba scoprire la pericolosità.

1.2. Il lungo viaggio verso il codice del consumo

In attuazione della delega contenuta nell'art. 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229, recante “ *Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione – Legge di semplificazione 2001*”, è stato emanato il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206” *Riassetto delle disposizioni vigenti in materia di consumatori – Codice del consumo*”,⁴⁶ che ha complessivamente risistemato le previgenti discipline consumeristiche con i relativi regimi del recesso.⁴⁷

La codificazione rappresenta un fattore nuovo e positivo sul piano normativo, denso di rilevanti significati anche sul piano sistematico ricostruttivo, che orienta l'interprete verso una visione unitaria dell'istituto, secondo una prospettiva procedimentale.⁴⁸

Il Codice del consumo costituisce un intervento normativo organico di rilevante impatto sull'intero fenomeno consumeristico, comprese le aree contrattuali segnate dal diritto di recesso.

Lo strumento codicistico ha permesso il riassetto normativo dell'intera materia, mediante un'unica fonte organica e sistematica di rango legislativo, che ha contribuito alla riduzione della sovrabbondanza e della contraddittorietà delle regole, rendendole più accessibili a cittadini e imprese.⁴⁹

Il riassetto delle previgenti disposizioni all'interno del codice⁵⁰ è stato guidato da un criterio di riagggregazione incentrato sul procedimento che

⁴⁶ Pubblicato in G.U. n. 235, s.o. 162, dell'8 ottobre 2005

⁴⁷ Nell'art. 7 (Riassetto in materia di tutela dei consumatori) della legge n. 229/2003, in particolare, sono stati fissati i principi e i criteri direttivi di delega al Governo, che assumono un importante rilievo ai fini della configurazione del diritto di recesso e precisamente:” *il Governo è delegato ad adottare, entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi, per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori ai sensi e secondo i principi e i criteri direttivi di cui all'art. 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59, come sostituito dall'art. 1 della presente legge, e nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) adeguamento della normativa alle disposizioni comunitarie e agli accordi internazionali e articolazione della stessa allo scopo di armonizzarla e riordinarla, nonché di renderla strumento coordinato per il raggiungimento degli obiettivi di tutela del consumatore previsti in sede internazionale; b) omogeneizzazione delle procedure relative al diritto di recesso del consumatore nelle diverse tipologie di contratto; c) conclusione, in materia di contratti a distanza, del regime di vigenza transitoria delle disposizioni più favorevoli per i consumatori, previste dall'art. 15 del decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185, di attuazione della direttiva n. 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, e rafforzamento della tutela del consumatore in materia di televendite; d) coordinamento, nelle procedure di composizione extragiudiziale delle controversie, dell'intervento delle associazioni dei consumatori, nel rispetto delle raccomandazioni della Commissione delle Comunità europee”.*

⁴⁸ C. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, op.cit, p. 26. L'autore al riguardo precisa che :”... la raccolta normativa non deve comportare una caratterizzazione esclusivamente consumeristica, siccome prospettiva unilaterale e parziale, di un istituto che invece reclama una collocazione sistematica più ampia nell'ambito della disciplina generale del contratto...”.

⁴⁹ R. CALVO, *Il codice del consumo tra “consolidazione” di leggi e autonomia privata*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006, p. 80 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Il codice del consumo*, in *Nuove leg. civ. comm.*, Padova, 2006, p. 749 ss.

⁵⁰ Il testo iniziale del codice del consumo si sviluppava in 146 articoli raccolti in sei parti, intitolate: Disposizioni generali (I, artt. 1-3), Educazione, informazione, pubblicità (II, artt. 4-32), il

accompagna l'atto di consumo, costituente schema paradigmatico generale, applicabile a qualsiasi forma esso assuma.⁵¹

Un tale paradigma pervade anche le discipline contrattuali generali e speciali nelle quali sono scanditi e regolati i diversi momenti del processo acquisitivo di beni e servizi culminante nel diritto di recesso a favore del consumatore.

La tutela del consumatore e dei suoi diritti fondamentali è rafforzata dall'art. 143 del codice del consumo, a mente del quale i diritti attribuiti al consumatore dal codice stesso sono irrinunciabili ed è nulla ogni pattuizione contraria.⁵²

Tra le disposizioni generali è da segnalare la solenne dichiarazione delle finalità dell'intero codice: "... *Nel rispetto della Costituzione ed in conformità dei principi contenuti nei trattati istitutivi delle Comunità europee, nel Trattato dell'Unione Europea, nella normativa comunitaria con particolare riguardo all'art. 153 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, nonché nei trattati internazionali, il presente codice armonizza e riordina le normative concernenti i processi di acquisto e consumo, al fine di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti...*".⁵³

Le regole raccolte nel codice sono tutte di matrice statale, infatti la tutela dei consumatori è materia riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Poiché i rapporti tra professionisti e consumatori sono riconducibili, dal punto di vista giuridico, a rapporti precontrattuali, contrattuali ed extracontrattuali, e, poiché la loro disciplina investe lo *status* dei consumatori, è ragionevole ritenere che tutte queste materie siano

rapporto di consumo (III, artt. 33- 101), sicurezza e qualità (IV, artt. 102-135), associazione dei consumatori e accesso alla giustizia (V, artt. 136-141) e disposizioni finali (VI, artt. 142-146). Il codice comprendeva due allegati: l'uno contenente esempi di servizi finanziari di cui all'art. 54, comma I, lett. a), esclusi dalla disciplina generale della contrattazione a distanza; l'altro recante le procedure per l'applicazione delle linee guida per le notifiche. Sull'iniziale struttura del codice, v. G. VETTORI, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di VETTORI, *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, p. 4 ss. Il legislatore è già intervenuto sul codice del consumo, modificando in diversi punti l'iniziale formulazione e integrando i relativi contenuti. L'intervento di maggiore importanza si è avuto con il d. lgs. N. 146 del 2 agosto 2007 attuativo della direttiva n. 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva n. 840/450/CEE e le direttive n. 97/7/CE, n.98/27/CE e n. 2002/65/CE e il regolamento CE n. 2006/2004. Con tale decreto il Governo ha attuato la delega conferita con la " legge comunitaria 2005". Un altro significativo intervento sul codice del consumo è stato operato con il Decreto legislativo 23 ottobre 2007, n. 221(Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante Codice del consumo, a norma dell'art. 7, della legge 29 luglio 2003, n. 229).

⁵¹ V. il parere del Consiglio di Stato nel quale si è dato conto anche dell'alternativo criterio di accorpamento delle norme basato sui diritti fondamentali di cui all'art. 1, comma II, della legge n. 281 del 1998, valutato non praticabile dalla stessa relazione di accompagnamento al codice.

⁵² F. CARINGELLA, *I contratti dei consumatori*, op. cit., p. 28 ss.

⁵³ V. relazione di accompagnamento al codice: " *l'art. 153 del trattato, insieme alle numerose direttive comunitarie di tutela del consumatore, hanno lo scopo di migliorare la posizione giuridica dei consumatori e di rimuovere le barriere al mercato interno che ancora sopravvivono, per la difformità delle discipline statali o per le lacune degli ordinamenti.*". L'art. 1 del codice riprende parte del contenuto dell'art. 1, comma 1, della legge 30 luglio 1998, n. 281.

ascrivibili nell'ambito dell'ordinamento civile e che, pertanto, siano oggetto di competenza legislativa esclusiva dello Stato.⁵⁴

D'altra parte, la stessa mole di interventi in materia, di cui si è dato rapidamente conto nelle pagine che precedono, ha prodotto un materiale magmatico, caotico e a volte privo di coordinazione. Ciò ha indotto il legislatore italiano ad introdurre una raccolta organica delle norme in materia di contratti tra consumatore e professionista: ha così visto la luce il codice del consumo.

Tale raccolta riunifica in un unico testo le disposizioni di 21 provvedimenti, semplifica i rapporti contrattuali tra professionista e consumatore, coordina l'insieme delle disposizioni contenute nei vari testi legislativi. Presenta notevoli vantaggi: per i consumatori, di cui è esaltata la posizione giuridica sul piano individuale e collettivo; per le imprese, poiché incrementa la concorrenza, la trasparenza e l'informazione; per il mercato, perché incrementa la fiducia nei traffici e si presenta quindi con forte carica propulsiva.⁵⁵

Il codice del consumo si occupa della disciplina della fase anteriore alla istituzione del rapporto, riguarda l'educazione del consumatore, la sua informazione e la pubblicità commerciale.

Tali norme sono volte a tutelare il consumatore in tutte le fasi del processo d'acquisto: da quelle volte a favorire l'educazione e l'informazione, a quelle che lo tutelano nella delicata fase di raccolta d'informazioni da fonti istituzionali, commerciali, personali ed empiriche, a quelle che ne sostengono la razionalità e trasparenza dei processi valutativi sulle alternative di scelta; fino alle norme tese a garantire la certezza dei processi negoziali e delle forme contrattuali da cui discendono le decisioni di acquisto, l'uso ed il consumo.

La tutela preventiva del consumatore è stata rinforzata mediante l'integrazione della normativa vigente con alcuni riferimenti particolarmente innovativi ai principi dell'educazione del consumatore, per tale intendendo il processo mediante il quale il consumatore apprende il funzionamento del mercato e la cui finalità consiste nel migliorare la capacità di agire in qualità

⁵⁴ F. CARINGELLA, *I contratti del consumatore*, op. cit., p. 47 ss.

⁵⁵ F. TOMMASI, *Contratti e tutela del consumatore*, op. cit., p. 13 ss. Il codice del consumo si occupa della disciplina della fase anteriore alla istituzione del rapporto, che riguarda l'educazione del consumatore, la sua informazione e la pubblicità commerciale.

Le norme di tale codice sono volte a tutelare il consumatore in tutte le fasi del processo d'acquisto: da quelle volte a favorire l'educazione e l'informazione, a quelle che lo tutelano nella delicata fase di raccolta d'informazioni da fonti istituzionali, commerciali, personali ed empiriche, a quelle che ne sostengono la razionalità e trasparenza dei processi valutativi sulle alternative di scelta; fino alle norme tese a garantire la certezza dei processi negoziali e delle forme contrattuali da cui discendono le decisioni di acquisto, l'uso ed il consumo. L'informazione è la linea direttrice che accompagna, nel codice, tutto lo svolgimento del rapporto di consumo perché ricompare nel momento della conclusione del contratto e nel momento della sua esecuzione ed è richiamata nelle disposizioni del codice che riguardano la sicurezza e la qualità del prodotto, dal momento che il consumatore deve avere cognizione piena dei rischi presentati dal prodotto e delle caratteristiche che questi presenta, sia per poter essere utilizzato con il maggior profitto, sia per prevenire eventuali danni derivanti dal suo uso.

di acquirente o di consumatore dei beni e dei servizi che sono giudicati maggiormente idonei al miglioramento del proprio benessere.⁵⁶

A differenza di quanto previsto nello schema preliminare del Codice *de quo*, il decreto legislativo trasferisce nel codice del consumo le norme sul consumatore dettate in passato dal codice civile.

L'esplicitazione dei vari contenuti consente una verifica, anche comparatistica, delle offerte che attraverso il canone della trasparenza trova via via specificazione e concretizzazione all'interno delle singole discipline contrattuali, specie quelle che prevedono il diritto di recesso a favore del consumatore.⁵⁷

La codificazione, nel riprendere le discipline comunitarie, ha confermato tutte le relative fattispecie di recesso senza dettare per nessuna di esse uno specifico regime completo e innovativo nei contenuti.

Ha integrato i corrispondenti regimi minimi attraverso dei rimandi al regime comune, raccolto nelle sezioni III e IV, costituente il risultato della combinazione degli schemi normativi più articolati rinvenuti dai decreti legislativi n. 50/92 e n. 185/99, attuativi delle fonti comunitarie sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza.⁵⁸

Quanto ai presupposti sostanziali, in relazione ai beni, è stato riordinato e riunificato il regime comune per il caso che vi sia stata la consegna della merce.

La “*sostanziale integrità*” del bene da restituire è considerata condizione essenziale per l'esercizio del diritto di recesso. Si specifica che è sufficiente che il bene sia restituito in “... *normale stato di conservazione, in quanto sia stato custodito ed eventualmente adoperato con l'uso della normale diligenza...*” (art. 67, comma II).⁵⁹

In tal modo si superano le precedenti divergenze normative, attraverso l'individuazione di un parametro elastico e generale di normalità, rilevante sotto plurimi piani di giudizio.

Tuttavia, risulta ancora impreciso il coordinamento tra le disposizioni del codice civile e quelle del codice del consumo: coordinamento espresso

⁵⁶ F. CARINGELLA, *I contratti del consumatore*, op. cit., p. 49 ss. L'educazione dei consumatori e degli utenti è orientata a favorire la consapevolezza dei loro diritti ed interessi, lo sviluppo dei rapporti associativi, la partecipazione ai procedimenti amministrativi, nonché la rappresentanza negli organismi esponenziali. Le attività destinate all'educazione dei consumatori, svolte dai soggetti pubblici o privati, non hanno finalità promozionale, sono dirette ad esplicitare caratteristiche di beni e servizi e a rendere chiaramente percepibili benefici e costi conseguenti alla loro scelta.

⁵⁷ La rilevanza dell'informazione del consumatore all'interno della codificazione, in relazione alle discipline che accompagnano lo svolgimento dell'atto di consumo, dal momento precontrattuale a quelli di conclusione ed esecuzione, è evidenziata dalla relazione di accompagnamento al codice. G. DE CRISTOFARO, *Il Codice del consumo*, op. cit., p. 769 ss.

⁵⁸ C. PILIA, *Accordo semplice e diritto di recesso*, p. 130 ss.

⁵⁹ Per l'espressa affermazione che, in base al combinato disposto delle citate norme del codice del consumo, il consumatore è legittimato ad utilizzare il bene ricevuto senza che ciò comporti una preclusione della possibilità di esercitare il diritto di recesso, alla sola condizione che non ne sia derivata un'alterazione al “normale stato di conservazione” del bene, v. G. DE CRISTOFARO, *Il codice del consumo*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2006, p. 789 ss.; B. COLOSIMO, in *Codice del consumo, commentario*, a cura di VETTORI, op. cit., p. 530 ss.

per i contratti del consumatore in generale, dove forse risulta pleonastico, ma del tutto assente in materia di garanzia per la vendita dei beni di consumo.⁶⁰

Qualche antinomia è rimasta ma, almeno, qualche evidente difetto è stato corretto: basti pensare all'unificazione del termine : “ diritto di ripensamento”.⁶¹ Infine è stata data, finalmente, la giusta attenzione alle istanze tutelari dei consumatori e delle loro associazioni, con particolare riferimento alle azioni inibitorie ed all'accesso alla giustizia, ovvero alla composizione delle controversie tramite meccanismi di conciliazione extragiudiziale.

⁶⁰ F. TOMMASI, *Contratti e tutela del consumatore*, Milano, 2007, p. 17 ss.

⁶¹ Ma è rimasto il famigerato «malgrado la buona fede» di cui all'originario art. 1469- bis, comma 1, ora art. 33, comma 1, del codice del consumo. Né è persuasiva la giustificazione contenuta nella Relazione al Codice: «Non si ritiene di aderire, invece, al ricordato parere espresso dal Consiglio di Stato, nella parte in cui suggerisce la sostituzione, nel testo dell'articolo 33 (il quale riproduce l'articolo 1469-bis, primo comma, del codice civile), dell'espressione "malgrado la buona fede" con le parole: "in contrasto con la buona fede". Infatti, il testo attuale offre un maggiore livello di tutela al consumatore, permettendo di qualificare come abusive le clausole contrattuali che determinano un significativo squilibrio tra le prestazioni, in danno del consumatore, nonostante la buona fede soggettiva dell'altro contraente, senza richiedere l'accertamento ulteriore della violazione delle regole della buona fede». Peccato che dottrina unanime – ed è un caso raro – sottolinea come si tratti di un errore marchiano. Che ora non lo sia perché c'è il Codice del consumo appare risibile

1.3. La tutela del consumatore attraverso il diritto di recesso :

a) I contratti negoziati fuori dai locali commerciali

Nelle problematiche derivanti dalle nuove logiche della distribuzione commerciale, quindi, trovano origine e fondamento i più significativi interventi normativi sulla contrattazione fuori dai locali commerciali e sulla contrattazione a distanza.

Il D. lgs. 15/1/1992 n. 50, ha attuato la direttiva comunitaria n. 85/77, in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali.

Tale direttiva ha preso spunto da discipline normative già esistenti in alcuni Stati membri, si pensi alla legge francese del 1972, che aveva attribuito al consumatore il *delai de reflexion* prevedendo un termine di esercizio di 7 giorni dall'ordine o dall'impegno di acquisto, la modalità di manifestazione (raccomandata con ricevuta di ritorno), la nullità delle clausole di rinuncia al diritto di recesso, la forma scritta del contratto a pena di nullità, la necessaria indicazione nel regolamento negoziale di una serie di informazioni.⁶²

Si proteggeva, così, il consumatore e gli operatori commerciali meno intraprendenti e con più scrupoli, senza impedire lo svolgimento di questo tipo di contrattazioni.

Tali contrattazioni riguardavano solo i contratti a domicilio e non anche tutti i contratti stipulati fuori dai locali commerciali.⁶³

Soltanto nel 1985 si perveniva all'emanazione della direttiva n. 577, la quale, comunque, molto risentiva dell'impostazione che si stava fornendo sul tema in Germania⁶⁴; ed ecco che, dalla visione coordinata del modello francese e di quello tedesco, veniva fuori la direttiva 85/577/CEE.

⁶² L. n. 72/1137, 22.12.1972, sulla quale v. F. ASTONE, *I contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, op. cit., IV, pp. 37 ss.; D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, op. cit., p. 15; V. PONTI, *La legge n. 72/1137 del 22 dicembre 1972 relativa alle vendite a domicilio: un passo avanti nella tutela del consumatore in Francia*, in *Riv. soc.*, 1974, p. 838; F. ORIANA, *La legge francese nelle vendite a domicilio e la protezione del consumatore*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1975, p. 1570.

⁶³ Pur in presenza di altre normative di settore, era proprio all'impostazione francese che si rifaceva la proposta di direttiva presentata dalla Commissione il 17.1.1977

⁶⁴ Impostazione in forza della quale si riteneva: 1) che il consumatore poteva revocare la propria dichiarazione per iscritto entro una settimana; 2) che non era prevista la forma scritta del contratto, essendo invece da fornire uno stampato al consumatore in cui venivano inserite le informazioni sul suo diritto di revoca; 3) che, anche in assenza della consegna del detto stampato, il diritto di revoca si estingueva dopo un mese dall'esecuzione delle prestazioni dovute dai contraenti; 4) che, in conseguenza della revoca, dovevano restituirsi le prestazioni già ricevute e che l'eventuale impossibilità per il consumatore di restituire quella da lui ricevuta non gli impediva la revoca, ma imponeva solo il pagamento di un indennizzo; 5) che non vi era alcun divieto di ricezione di pagamenti o di titoli di credito prima del decorso del termine per la revoca; 6) che tale disciplina doveva applicarsi, oltre che ai contratti a domicilio, anche ai contratti conclusi in luoghi pubblici. Tra gli altri v. A. BARBERIS, *Le vendite a domicilio nella Repubblica federale tedesca*, in *Quadrimestre*, op. cit., pp. 66 ss.; F. CANALE, *Commento all'art. 1, d. lg. 50/92*, in *Commentario al Decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 1993, p. 177, nota 5.; A. LIVI, *Commento all'art. 5 d. lg. 50/92*, in *Commentario al decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50*, op. cit. p. 201 ss.

L'introduzione delle nuove discipline ha sollecitato un continuo lavoro di revisione ed adeguamento nei momenti della ricezione legislativa e della successiva applicazione. Le direttive, tendendo all'omogeneizzazione delle normative nel mercato unico europeo, per un verso lasciano ai singoli legislatori nazionali spazi non trascurabili di manovra nell'individuare le soluzioni più adeguate rispetto a ciascun ordinamento interno, per altro verso, spesso offrono un orientamento parziale, in quanto considerano solo taluni aspetti dei fenomeni da normare.⁶⁵

Con la direttiva 85/577/CEE e il decreto attuativo n. 50/92, è stata introdotta nell'ordinamento italiano un'importante disciplina, trasfusa poi nel vigente codice del consumo, avente portata generale e trasversale ai singoli tipi contrattuali, applicabile alle forniture di beni e servizi concluse secondo una modalità aggressiva.⁶⁶

La tutela del soggetto debole deriva dal fatto che le vendite effettuate fuori dai locali commerciali si caratterizzano proprio per il loro carattere "aggressivo", posto che il consumatore versa in una situazione più debole e delicata, non avendo la possibilità di provare il prodotto, di conoscerne in anticipo le qualità, di poter riscontrare l'esistenza delle caratteristiche promesse, o di operare utili confronti con prodotti omologhi offerti da altre imprese.⁶⁷

Caratteristica pregnante della disciplina sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali e dei contratti a distanza è la previsione del diritto di recesso⁶⁸ come strumento di tutela del consumatore.

⁶⁵ C. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, op.cit., p. 38 ss. Sul recepimento in Italia della direttiva n. 85/77/CEE, v. D. Valentino, *Recesso e vendite aggressive*, op. cit., p. 72ss; F. ASTONE, *I contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, op. cit., p. 46 ss.

⁶⁶ Numerosi sono i contributi relativi alla disciplina dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali. Tra i tanti si segnalano: G. CAPO, *La vendita fuori dei locali commerciali; d.lg. 15 gennaio 1992, n. 50* in AA.VV., *Codice della vendita*, a cura di LUMINOSO e BUONOCORE, Milano, 2005, p. 1069 ss.; M. GORGONI, *Sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali alla luce del D. Lg. N. 50/92*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 152 ss.; ID., *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Enc. giur.* Roma, 1994; A. JANNARELLI, *Le vendite aggressive (vendite stipulate fuori dai locali commerciali nel diritto italiano ed europeo)*, Napoli, 1995, p. 140ss.; N. LIPARI, *Commentario al Decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 1993, p. 176 ss.; M. PITTALI, *La clausola di ripensamento nell'autodisciplina delle vendite a domicilio*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 116; V.N. SCANNICCHIO, *Vendite fuori dai locali dell'impresa, diritto di recesso ed effetti delle direttive comunitarie nei rapporti tra privati*, in *Giur. it.*, 1996, p. 99; A. STOPPA, *Commento al D. Lg. 15 gennaio 1992, n. 50*, in *Commentario breve al Codice civile, Leggi complementari*, a cura di ALPA e ZATTI, Padova, 1992, p. 1705 ss.. Nella giurisprudenza di legittimità si segnalano: Cass, 14.07.2003, n. 10983, in *Corr giur.*, 2003, 1284; Cass., 14.04.2000, n. 4843, in *Corr. Giur.*, 2001, con nota a cura di Conti ed in *Foro it.*, 2000, con nota a cura di Granieri; Cass., 14.01.2000, n. 372, in *Studium iuris*, 2001, 81; Cass. Civ., 29.10.1998, n. 10809, in *Mass. Giur. it.*, 1998; Cass., 26.09.1996, n. 8504, in *Giust. Civ.*, 1997, 704. Nella giurisprudenza di merito si vedano T. Bari, 31.08.2001, in *Giur. It.*, 2002, 1192, con nota a cura di Sesta; Giudice di pace di Bologna, 03.04.2000, in *Contr.*, 2000, 1032, con nota a cura di GORGONI.

⁶⁷ E. RAVERA, *Il recesso*, Milano, 2004, p. 453 ss.

⁶⁸ Sul punto si rimanda *ex multis*, a R. GIAMPETRAGLIA, *Il diritto di recesso nel Codice del consumo*, in *Notar.*, 2007, 1, 79 ss.; ID., art. 55 (*Esclusioni*), art 59 (*Vendita tramite mezzo televisivo*), art 64 (*Esercizio del diritto di recesso*), art 65 (*Decorrenze*), art 66 (*Effetti del recesso*), art 67

Il Codice del consumo, nell'intento di delimitare con maggiore precisione gli ambiti di operatività delle discipline sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali e sui contratti a distanza, ha abrogato l'art. 9, 1° comma, del D. lg. N. 50/92 (senza più riprodurlo tra le norme sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali) ed ha quindi ricondotto, esclusivamente dentro la categoria dei contratti a distanza, le negoziazioni tramite mezzo televisivo o altri mezzi audiovisivi ed i contratti conclusi mediante l'uso di strumenti informatici e telematici.⁶⁹

A differenza di quanto accade in sede comunitaria, i nostri contratti negoziati fuori dai locali commerciali non sono soltanto contratti *inter praesentes*, rientrando tra essi anche i contratti per corrispondenza.⁷⁰

Con la locuzione "fuori dai locali commerciali" il legislatore ha inteso abbracciare la gran parte delle tecniche commerciali aggressive utilizzate dal professionista per mettersi in contatto con il consumatore, in primo luogo recandosi presso il suo domicilio e nei diversi luoghi commerciali all'uopo destinati.⁷¹

Per l'offerta di beni e di servizi il professionista sfrutta le diverse situazioni propizie: " ... durante la visita del professionista al domicilio del consumatore o di un altro consumatore ovvero sul posto di lavoro del consumatore o nei locali nei quali il consumatore si trovi, anche temporaneamente per motivi di lavoro, di studio o di cura... ", " ... durante un'escursione organizzata dal professionista al di fuori dei propri locali commerciali... ", " ... in area pubblica o aperta al pubblico mediante sottoscrizione di una nota d'ordine, comunque denominata... " e " ...per corrispondenza, o, comunque in base ad un catalogo che il consumatore ha avuto modo di consultare senza la presenza del professionista..".⁷²

(Ulteriori obbligazioni delle parti), in *Codice del Consumo, Commentario* a cura di ALPA e ROSSI CARLEO, Napoli, 2005, 414 ss.;

⁶⁹ Continuano ad essere considerati sia come contratti negoziati fuori dai locali commerciali che come contratti a distanza quelli " ... conclusi per corrispondenza o, comunque, in base ad un catalogo che il consumatore ha avuto modo di consultare senza la presenza del professionista... " (art. 45, 1° co., lett. d). Per tali contratti è previsto l'assoggettamento alla disciplina sui contratti a distanza se più favorevole per il consumatore (art. 45, 3° co.).

⁷⁰ Nel titolo III della parte terza del codice, relativo appunto alle *modalità contrattuali*, vengono raccolte le norme (artt. 45-67) relative a " *particolari modalità di conclusione del contratto*", individuate nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali e nei contratti a distanza. In tale contesto, dopo una serie di articoli relativi ai soli contratti negoziati fuori dai locali commerciali (artt. 45-49) ed ai soli contratti a distanza (artt. 50-61), sono inserite due disposizioni comuni alle due " *particolari modalità di conclusione del contratto*" (l'art. 62 sulle sanzioni e l'art. 63 sul foro competente) e tre articoli (da 64 a 67) in cui sono accorpate le norme sul diritto di recesso già contenute nei citati d. lg. N. 50/92 e n. 185/1999.

⁷¹ La locuzione " *contratti negoziati fuori dei locali commerciali*" è stata utilizzata dal legislatore comunitario per denominare la direttiva n. 85/577/CEE e da quello nazionale per il decreto attuativo n. 50/92 e per l'apposita sezione del Codice del consumo che adesso accoglie la relativa disciplina.

⁷² Art. 46, comma I, lett. A),b),c),d) del codice del consumo che riprendono integralmente i contenuti del d. lgs. N. 50/92 (art. 1, comma 1), con la sola variazione lessicale di professionista in luogo di operatore commerciale disposta in sede attuativa. La particolare modalità di negoziazione, caratterizzata da una scelta che può non essere stata pienamente consapevole ed informata, deve essere poi sottoposta ad una disciplina protezionistica pure in considerazione del fatto che sono spesso

Nel recepimento della direttiva, l'esercizio del recesso è stato subordinato ad alcuni presupposti sostanziali, differenti a seconda dell'oggetto del contratto e del corretto assolvimento degli obblighi di informazione sul recesso da parte del professionista.

Nell'ambito della disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, l'art. 48 del codice conferma la precedente esclusione del recesso in relazione ai servizi prestati.⁷³

Con la successiva emanazione di più specifiche discipline, in particolare quelle della contrattazione a distanza, anch'esse incentrate sull'apparato di tutela della trasparenza e del recesso, sono sorti delicati problemi di coordinamento tra fonti normative che solamente il recente codice del consumo ha stabilmente risolto, mediante il ripristino dell'iniziale e più corretto ambito applicativo delle disposizioni sulla contrattazione fuori dei locali commerciali.

Rispetto ai precedenti assetti economici e giuridici, in questo caso, l'area di crisi della contrattazione è tutta incentrata sulla prassi commerciale dell'utilizzo delle tecniche aggressive nella sollecitazione del pubblico.

L'utilizzo delle tecniche aggressive determina un effetto sorpresa che solitamente induce a concludere un contratto benché non adeguatamente ponderato, quanto meno non così come lo sarebbe stato se si fossero seguite le tradizionali tecniche della commercializzazione.⁷⁴

Ecco, quindi, che per il legislatore comunitario le ragioni alla base della protezione del consumatore nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali sono diverse da quelle che portano alla salvaguardia del contraente non professionale nei contratti a distanza.

Nei primi, infatti, la tutela consumeristica è conseguenza dell'effetto sorpresa che si realizza in relazione a contratti conclusi tra soggetti fisicamente e contestualmente presenti in uno stesso luogo che, essendo diverso dal locale commerciale, può trovare impreparato il consumatore, incapace di confrontare la qualità ed il prezzo del bene propostogli con altre offerte.

Nei secondi, invece, la protezione del consumatore discende dalla mancanza della presenza fisica e contestuale delle parti all'atto delle trattative e della conclusione del contratto e, quindi, dal probabile deficit

le categorie più deboli della figura negoziale, già debole del consumatore, quelle che vengono più spesso a subire le forme di contrattazione fuori dai locali commerciali.

⁷³ C. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, op. cit., p. 60 ss.

⁷⁴ D. VALENTINO, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza*, in AA. VV., *I contratti dei consumatori* a cura di GABRIELLI e MINERVINI, in *Tratt. dei contratti* diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, Torino, 2005, p. 600 ss. ; A. JANNARELLI, *La tutela dei consumatori nella negoziazione fuori dai locali commerciali: introduzione generale*, in AA.VV., *Le vendite aggressive*, Napoli, 1995, p. 20 ss. ; C. MACRÌ, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali (Commento al d. lg. 15 gennaio 1992 n. 50)*, Torino, 1998, p.2 ss. La nuova tecnica negoziale aggressiva giustifica la reazione legislativa, comunitaria e nazionale, che si è tradotta in un complesso apparato di tutele, incentrato sul riconoscimento a favore del consumatore di un diritto indicato con le varie espressioni "di rescissione", "di rescindere" e "a disporre di un periodo di riflessione" nella direttiva e con quella di "recesso" nel decreto attuativo.

conoscitivo del consumatore, dalla sua impossibilità di visionare il bene venduto o l'oggetto del servizio da prestare.⁷⁵

In sede comunitaria è chiaro che la possibilità di un effetto sorpresa è richiesta nei soli contratti negoziati fuori dai locali commerciali, potendo ben mancare nei contratti a distanza ed essere comunque riconosciuta la protezione di cui alla direttiva 97/7/CE, che prende come elemento di riferimento la tecnica di comunicazione impiegata tra soggetti assenti.

La direttiva 85/577/CEE è stata intesa principalmente come un provvedimento a tutela dei consumatori: vari stati membri, come già detto in precedenza, avevano dettato, ben prima dell'emanazione della direttiva, una normativa di protezione dei consumatori in tema di vendite a domicilio, mentre in Italia una normativa con queste particolarità era del tutto assente e l'aspetto che ha attirato principalmente l'attenzione è stato proprio quello della protezione del consumatore.⁷⁶

La debolezza del consumatore si sostanzia nella ignoranza o comunque nella estraneità a meccanismi e regole preposti alla specifica tipologia contrattuale in rapporto alle particolari modalità di conclusione del contratto.⁷⁷

Il fondamento teleologico che accomuna le diverse ipotesi di recesso, di ripensamento, si rinviene nella necessità di contemperare le esigenze di celerità e sicurezza degli scambi con la libertà contrattuale in senso stretto del consumatore⁷⁸; rileva, in sostanza, la necessità di tutelare il contraente dalla imposizione del contratto, principio peraltro che si rinviene anche a fondamento di fenomeni di *self-regulation*.⁷⁹

⁷⁵ F. CARINGELLA, *I contratti dei consumatori*, op. cit., p. 183

⁷⁶ F. ASTONE, *I contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, op. cit., p. 30 ss. F. CARINGELLA, *I contratti dei consumatori*, op. cit., p. 182 ss. Nei "considerando" della direttiva 85/577/CEE sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali si evidenzia che la caratteristica di tali contratti è che, di regola, è il commerciante-professionista a prendere l'iniziativa delle trattative e si trova preso di sorpresa – e che il consumatore non ha spesso la possibilità di confrontare la qualità ed il prezzo che gli vengono proposti con altre offerte. Il carattere peculiare del provvedimento comunitario e della disciplina di attuazione è costituito, oltre che dalla delimitazione dell'ambito soggettivo di applicazione, dal riconoscimento al consumatore del diritto di pentirsi dell'affare, esercitando il diritto di recesso, elemento nuovo e caratteristico della disciplina dei contratti con causa di consumo. Momento qualificante della speciale disciplina di tale tipologia di contratti, è proprio il diritto di ripensamento spettante al contraente debole. Si tratta di un diritto esercitabile entro un determinato termine, all'interno del quale è possibile *tirarsi fuori dall'affare*. Tale tecnica di tutela risulta particolarmente efficace in quanto è di rapida attuazione ed è esercitabile pure in caso di semplice proposta negoziale.

⁷⁷ V. MORELLI, *I contratti non negoziati (A proposito di una ipotesi ricostruttiva del contratto dei consumatori nel sistema della contrattazione di massa)*, in *Giust. Civ.*, 2001, p. 499.

⁷⁸ Grazie a questo diritto, il soggetto " *si pente di essere entrato nel contratto e torna subito, indietro*", così Z. ZENCOVICH, in A.D. CANDIAN, *Il diritto di ripensamento nella disciplina del contratto di assicurazione sulla vita: una nuova forma di tutela dell'assicurato*, in *Dir. econ. ass.*, 1996, p. 105 ss.

⁷⁹ Si veda, per esempio, il Protocollo di Intesa del 1989 sottoscritto dagli operatori commerciali aderenti all'Avedisco, all'Aie, all'Anpav e al Cncu, in *Contr. Impr.*, 1990, p. 413 ss., con commento a cura di PITTALIS, *La clausola di ripensamento nell'autodisciplina delle vendite a domicilio*, ivi, p. 115 ss. Con specifico riferimento al D. Lgs n. 50/92, l'attribuzione del diritto di recesso è dato dal fatto che il consumatore che stipula fuori dai locali commerciali è considerato nell'impossibilità di ponderare attentamente tutti gli elementi del contratto e deve quindi poter avere a disposizione un

Il fine perseguito è molto importante e nel contempo delicato: si tratta di cercare di garantire la consapevolezza degli stessi consumatori in ordine ai diritti ad essi riconosciuti dalle diverse disposizioni normative predisposte per favorire la tutela nei confronti del professionista.

Una cosa, infatti, è l'essere titolari di diritti irrinunciabili, un'altra è avere la consapevolezza necessaria per l'esercizio di tali diritti:⁸⁰ non è un caso che la Corte di Cassazione parli, al riguardo, di “ *consenso informato*”, sottolineando in questo modo l'esigenza primaria sottesa al carattere preventivo dell'informazione.

Stante l'orientamento del legislatore comunitario, quindi, al fine di tutelare adeguatamente il consumatore che si trovi a negoziare in particolari *condiciones loci*, l'accento dovrebbe essere senz'altro posto sulla valorizzazione del momento informativo, poiché solo puntando su di un suo pieno e reale potenziamento si è in grado di prevenire *ex ante* determinate patologie del rapporto negoziale. Di conseguenza, lo *jus poenitendi* deve essere visto come *extrema ratio* al fine di ristabilire l'equilibrio sostanziale nei casi in cui il comportamento dell'operatore professionale non abbia consentito all'informazione il raggiungimento del suo scopo e, pertanto, essere considerato uno strumento di tutela preventiva e correttivo del mercato.⁸¹

Rimane opportuno tutelare il consumatore senza richiedere che questi debba provare (in un lungo e costoso procedimento) di essere incorso in un errore, magari causato dall'altrui raggirio, dimostrando l'esistenza di un vizio della sua volontà.

E' giusto, quindi, assegnare al soggetto con minor forza negoziale la possibilità di ripensare all'affare concluso a mente serena e dopo avere potuto effettuare le necessarie comparazioni con beni o servizi analoghi a quelli a lui offerti.

Lo stesso art. 49⁸² dispone che ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali sono applicabili le disposizioni di cui agli artt. 18,19,20 del d. lg. n. 114/98, disciplinante il settore del commercio.

E' una disposizione con la quale il legislatore ha inteso, quindi, coordinare le norme del codice sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali con la disciplina dettata, prevalentemente con riferimento a

periodo di tempo per valutare l'acquisto e la sua convenienza. A. PRINCIGALLI, *La tutela del consumatore*, in *Le vendite aggressive*, a cura di JANNARELLI, *op. cit.*, p. 102 ss. Per la dottrina tale diritto “... mira a contemperare le esigenze di distribuzione standardizzata, ossia celerità e sicurezza degli scambi, con la tutela del consumatore...”⁷⁹ e vuole garantire le “... finalità di tutela della volontà del contraente al quale le modalità della stipulazione o altre particolari circostanze possono impedire un consenso libero e consapevole...”. Così M.C. CHERUBINI, *Sul c.d. diritto di ripensamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 695 ss.

⁸⁰ F. MASCHIO, *Obblighi informativi nel commercio elettronico. Buona fede e trattamento dei dati personali*, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 692 ss.

⁸¹ F. POMINI, *Informazione e tutela del consumatore nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, *op. cit.*, p. 958 ss.

⁸² Art. 49 :” 10 Alle vendite di cui alla presente sezione si applicano le disposizioni di cui agli artt. 18,19, 20 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, recante riforma della disciplina relativa al settore del commercio”.

profili di natura amministrativa, dal d. lg. N. 114/98 in ordine alle stesse tipologie contrattuali.⁸³

⁸³ F. CARINGELLA, *I contratti dei consumatori*, op. cit., p. 257 ss.

b) Segue. I contratti a distanza

Con il d. lgs. 22 maggio 1999, n. 185, attuativo della direttiva 97/7/CE, è stata recepita nel nostro ordinamento la disciplina a tutela dei consumatori nei “contratti a distanza” che, al pari dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali (di cui al d. lgs. 15 gennaio 1992, n. 50), rappresentano una tipologia di conclusione del contratto, con caratteristiche che distinguono entrambe le fattispecie menzionate rispetto alle modalità che potrebbero definirsi ordinarie di conclusione del contratto.⁸⁴

L’elemento distintivo della contrattazione a distanza è, sul piano strutturale, la mancanza della presenza fisica simultanea delle parti contraenti, di qui la denominazione corrente di contratti *inter absentes*, cui consegue l’accentuazione della debolezza del consumatore rispetto alla controparte, in particolare sotto il profilo informativo.⁸⁵

L’analisi della disciplina fa emergere la considerazione del legislatore per la condizione di squilibrio contrattuale in cui versa il consumatore, il quale viene a trovarsi nell’impossibilità di visionare il bene o il servizio offerto, di conoscerne con sufficiente precisione le caratteristiche e le qualità, nonché di valutare adeguatamente le condizioni contrattuali prima del perfezionamento del contratto.

Il protagonista della vicenda è un consumatore limitato nella possibilità di prestare un consenso realmente consapevole, essendo privo di un quadro informativo completo, ragione per cui è tutelato attraverso la previsione di puntuali obblighi d’informazione a carico del professionista, di uno *ius poenitendi* che deve risultare di agevole esercizio, di limiti stringenti all’impiego delle tecniche di comunicazione a distanza più aggressive ed insidiose.⁸⁶

⁸⁴ Si osserva che la formula “nuovo diritto dei contratti” è ormai entrata nell’uso corrente per indicare essenzialmente il diritto contrattuale di derivazione comunitaria che, a partire dagli anni novanta del secolo scorso, costituisce la principale fonte di trasformazione ed evoluzione della disciplina contrattuale. Si deve tra l’altro a tale diritto la reintroduzione nella materia contrattuale della qualità soggettiva dei contraenti come criterio di differenziazione della disciplina applicabile, con conseguente perdita di quella unità del diritto delle obbligazioni e dei contratti che (almeno nel nostro ordinamento) aveva costituito uno dei prodotti più evidenti della codificazione del 1942. Si veda: G. D’AMICO, *Formazione del contratto*, in *Encic. dir. Annali*, II, 2009, p. 567 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persone e mercato*, Napoli, 2003, p. 475 ss. ; F. DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti (Note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 721 ss.

⁸⁵ Per un’analisi della natura dialogica dell’accordo nel senso tradizionale e, pertanto, nel modo in cui è regolato nei codici civili in funzione del processo di spersonalizzazione degli scambi conseguente alla diffusione della contrattazione di massa, rimane ancora attuale l’elegante dialettica sviluppatasi tra N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 349 ss. e G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 525 ss.

⁸⁶ C.A. PUPPO, *Contratti a distanza e recesso nella giurisprudenza comunitaria*, in *Contr.*, 2010, p.357 ss. Con l’introduzione di un codice di settore destinato al consumo, particolare risalto ha assunto la concezione oggettiva della materia regolata, per il fatto che le disposizioni ivi inserite ineriscono ad un atto economico, il consumo appunto, intorno al quale sorgono e si intrecciano i rapporti giuridici instaurati dagli individui, nella veste di consumatori e di imprenditori, o dalle rispettive associazioni. E’ importante segnalare come la funzione educativa, diretta a favorire la piena consapevolezza del consumatore in ordine ai suoi diritti ed interessi, si realizzi primariamente sul

Ciò che contraddistingue la disciplina delle vendite a distanza rispetto ad altre tipologie contrattuali, è la ripartizione degli obblighi precontrattuali a carico del professionista in due adempimenti: a) un dovere di mera informazione, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza (ex art. 52 comma 1 cod. cons.), facendo uso di ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione impiegata; b) un dovere di documentazione di quelle stesse informazioni prima dell'esecuzione del contratto, consegnando al consumatore un documento scritto.⁸⁷

Il decreto n. 185/1999 stabilisce che, per contratto a distanza, si intende quella fattispecie negoziale avente ad oggetto tanto la cessione di beni quanto la prestazione di servizi, stipulata fra un fornitore ed un consumatore nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza.

Per la conclusione di tale contratto, il fornitore impiega una o più tecniche di comunicazione a distanza e, cioè, qualunque mezzo che non preveda “*la presenza fisica e simultanea del fornitore e del consumatore*”.⁸⁸

L'art. 4 d. lgs. N. 185/1999 attribuisce al consumatore il diritto di ricevere conferma per iscritto di tutte le informazioni preliminari previste dall'art. 3, entro il momento della conclusione del contratto.⁸⁹

Rispetto alla precedente disciplina sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali, il regime del recesso nei contratti a distanza si pone in termini di sostanziale continuità, esplicitando meglio e sviluppando in senso maggiormente favorevole per il consumatore taluni profili di funzionamento del rimedio in ragione della specificità delle tecniche di contrattazione utilizzate. Il rimedio appare meglio integrato nella direttiva in un sistema protettivo più complesso.⁹⁰

Dal punto di vista oggettivo, la disciplina appare trasversale ai diversi tipi negoziali, estendendosi potenzialmente a tutti i contratti concernenti i

piano contrattuale, attraverso la completa trasmissione di informazioni da parte del professionista circa l'oggetto del rapporto di consumo ed il suo svolgersi.

⁸⁷ L. ROSSI CARLEO, *Commento all'art. 5*, in *Commentario al Codice del consumo*, a cura di ALPA – ROSSI CARLEO, Napoli, 2005, p. 126 ss.; L.V. MOSCARINI, *Diritti ed obblighi di informazione e forma del contratto*, in *Diritto privato ed interessi pubblici*, I, Milano, 2001, p. 347 ss.

⁸⁸ L'ar. 1, d.lgs. n. 185/1999 contempla anche la figura dell'“operatore di tecnica di comunicazione”, ovvero “*la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, la cui attività professionale consiste nel mettere a disposizione dei fornitori una o più tecniche di comunicazione a distanza*” e che, dunque, fornisce i mezzi tramite i quali il fornitore può mettersi in contatto con i possibili acquirenti.

⁸⁹ La definizione contenuta nelle fonti di provenienza è rimasta sostanzialmente immutata, tranne che per l'adeguamento terminologico.

⁹⁰ C. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, *op. cit.*, p. 70 ss. Sulle innovative disposizioni della direttiva che concernono profili di tutela diversi dal recesso: artt. 7 (esecuzione del contratto), 8 (pagamento mediante carta), 11 (ricorso giudiziario o amministrativo), 16 (informazioni del consumatore) e 17 (sistema di reclami), v. F.A. REGOLI, *La direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori nei contratti a distanza*, *op. cit.*, p. 855 ss.; F. TORIELLO, *La direttiva sulla vendita a distanza: prime note di commento*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 855 ss.; M.A. LIVI, *L'attuazione della direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza*, in *Contr. impr./Eu.*, 1998, p. 1090 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Attualità e saggi*, 1999, p. 1200 ss.

beni e i servizi, con le sole esclusioni previste dalla direttiva, in ragione del particolare oggetto, servizi finanziari, beni immobili, ovvero di determinate tipologie di offerta.⁹¹

La particolare modalità dell'offerta, realizzata attraverso una contrattazione che si avvale delle tecniche di comunicazione a distanza, costituisce l'elemento caratterizzante e qualificante l'ambito applicativo dell'intera disciplina all'interno della quale le fonti prevedono delle modulazioni di regime in relazione all'impiego di differenti tecniche.⁹²

Dalla definizione di contratto a distanza emergono altre due indicazioni di carattere sistematico, concernenti l'una l'organizzazione delle tecniche di comunicazione e l'altra l'utilizzazione delle stesse. La stipulazione del contratto deve avvenire “ ... *nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazioni di servizi a distanza organizzato dal professionista...* ”.

Le tecniche di comunicazione a distanza, quindi, non sono occasionalmente utilizzate, ma si inseriscono in una strutturazione organizzativa stabile, finalizzata alla commercializzazione dei beni e dei servizi.

Il professionista si avvale di un particolare canale di distribuzione, attraverso il quale si rivolge ai clienti, contattandoli a distanza.⁹³

L'esclusività del mezzo utilizzato conferma che per questi contratti si prospetta un canale totalmente distinto e autonomo di distribuzione, verso il quale si orientano oramai fette di mercato sempre più consistenti.

Rispetto alla precedente disciplina, nei contratti a distanza l'informazione da rendere al consumatore, assume un'importanza ancora

⁹¹ Art. 51, comma I, lett. a), del codice del consumo, che contiene in allegato un elenco indicativo dei relativi servizi finanziari: Per essi, esclusi anche dalla disciplina generale dei contrattinegoziati fuori dai locali commerciali, sono applicabili agli altri regimi settoriali del mercato finanziario e assicurativo e, in ambito consumeristico, più di recente quello del collocamento a distanza dei servizi finanziari. Art. 51, comma I, lett. c): “ *relativi alla costruzione e alla vendita o ad altri diritti relativi a beni immobili, con esclusione della locazione* ”. Per essi, esclusi anche dal lgs. N. 50/92, è applicabile la disciplina speciale della multiproprietà, anche se il codice del consumo prevede espressamente il concorso dei regimi (art. 75, comma II). Il codice del consumo, ai sensi dell'art. 51, comma I, per un verso, esclude dall'ambito di applicazione dell'intera disciplina anche i contratti conclusi “ *tramite distributori automatici o locali commerciali automatizzati* ” (lett. b), “ *con gli operatori delle telecomunicazioni impiegando telefoni pubblici* ” (lett. c) e “ *in occasione di una vendita all'asta* ” (lett. e) e, sempre in conformità alle prescrizioni della direttiva e del decreto attuativo, per altro verso, esclude parzialmente dal contenuto di talune disposizioni, compresa quella sul diritto di recesso, determinate altre operazioni (art. 55).

⁹² Tali differenziazioni sono presenti già nelle disposizioni della direttiva, che prevedeva limitazioni all'impiego di talune tecniche (art. 10) e consentiva ai singoli Stati di escludere l'impiego delle tecniche per la commercializzazione a distanza di taluni beni e servizi, in particolare i medicinali (art. 14).

⁹³ In tale processo di distribuzione, le fonti individuano pure l'ausiliario professionale di cui si avvale il professionista nella contrattazione a distanza, nominandolo “ *operatore di tecnica di comunicazione* ” e definendolo come : “ *la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, la cui attività professionale consiste nel mettere a disposizione dei professionisti una o più tecniche di comunicazione a distanza* ”.

maggiore e si presenta notevolmente sviluppata nei contenuti, nelle forme e nei tempi da rispettare.⁹⁴

Nel contesto della commercializzazione a distanza di servizi finanziari, come si vedrà in seguito, possono essere conclusi contratti di vario genere. Alcuni di questi contratti possono avere un significato modesto per il consumatore; in altri casi, invece, l'impegno assunto può essere importante e finanziariamente ingente.⁹⁵

In sede di stipulazione del contratto, le parti possono dettare anche per il recesso un regime convenzionale diverso, più favorevole per il consumatore, rispetto a quello legale. Così, nell'esercizio della loro autonomia privata, le parti possono incidere non solo sulle modalità di esercizio del diritto di recesso, sulle spese, sui rimborsi e le restituzioni, ma anche per espressa previsione delle fonti, sulla stessa applicabilità del recesso nei contratti a distanza.

⁹⁴ Il carattere essenziale delle informazioni preliminari e successive, secondo i considerando della direttiva (n. 13 ss.), è stato tradotto in penetranti obblighi a carico della parte professionista (artt. 4 e 5), che sono stati ripresi nel decreto attuativo (artt. 3 e 4) e, quindi, nel codice del consumo (artt. 52 e 53). Sull'informazione sui contratti a distanza, v. A. FRATERNALE, *I contratti a distanza*, Milano, 2002, p. 55 ss.; B. RUGGIERO, *La disciplina dei contratti a distanza*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 236 ss.; P. SANNA, *Considerazioni a margine del D. lgs. 22 maggio 1999, n. 185 in tema di tutela dei consumatori nei contratti a distanza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 473 ss.; P. SANNA, *Considerazioni a margine del D. lgs. 22 maggio 1999, n. 185 in tema di tutela dei consumatori nei contratti a distanza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 473 ss.; A.M. MANCALEONI, *La tutela del consumatore nei contratti a distanza alla luce della futura direttiva sul commercio elettronico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 317 ss.; G. DE MARZO, *I contratti a distanza. Commento al d. lgs. 22 maggio 1999, n. 185, op. cit.*, p. 133 ss.; D. VALENTINO, *Obblighi di informazione e vendite a distanza*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 376 ss.

⁹⁵ V. SANGIOVANNI, , *Il diritto di recesso nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Contr.*, 2008, p. 413 ss.

c) Segue. La commercializzazione a distanza dei servizi finanziari anche alla luce del d. lgs. n. 221 del 2007

Il decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 190, “Attuazione della direttiva 2002/65/CE relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, ha previsto una nuova fattispecie attributiva del diritto di recesso a favore del consumatore (art. 11).⁹⁶

Gli obiettivi della direttiva concretizzano quelli generali della realizzazione del mercato unico, per lo sviluppo e la libera circolazione dei servizi, attraverso una tutela elevata dei consumatori e della loro libertà di scelta qualificata come diritto essenziale (considerando n. 3).⁹⁷

Il legislatore ha ritenuto necessaria l’adozione di ulteriori misure specifiche, rispetto a quelle più generali già previste per la commercializzazione a distanza dei beni e servizi in genere.⁹⁸

In termini oggettivi, la disciplina intersettoriale riguarda tutti i contratti concernenti i servizi finanziari, intesi come “qualsiasi servizio di

⁹⁶ V. la direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2002 concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619/CEE (direttiva di seconda generazione relativa all’assicurazione diretta sulla vita) del Consiglio e le direttive 97/7/CE (concernente la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza) e 98/27/CE (relativa ai provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori), pubblicata in G.U.C.E. L. 271/12 del 9 ottobre 2002. Sulla direttiva: F. RONCARATI, *La direttiva 2002/65/CE concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, in *Banca, impresa soc.*, 2004, p. 81 ss.; B. MANFREDONIA, *I servizi finanziari on line e la tutela del consumatore “telematico”*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1171 ss.; M. T. PARACAMPO, *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari e la tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 382 ss.; M. ATELLI, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari e tutela del consumatore europeo nella direttiva 2002/65/CE*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 541 ss.; D. CERINI, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori: lieto fine comunitario nella direttiva 2002/65/CE*, in *Dir. econ. ass.*, 2003, p. 425 ss.; C. COMPORTI, *L’offerta fuori sede di strumenti finanziari nel diritto comunitario: situazione attuale e prospettive di riforma*, in *Dir. banca mercato fin.*, 2003, p. 52 ss.; M. GIURGOLA, *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari: l’epilogo di una lunga attesa*, in *Soc., op. cit.*, p. 103 ss.; Z. ZENCOVICH, *La direttiva sui servizi finanziari a distanza resi al risparmiatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, p. 517 ss.; N. ZORZI, *La disciplina europea dei servizi finanziari*, in AA.VV., *Il contratto telematico*, a cura di RICCIUTO e ZORZI, Padova, 2002, p. 283 ss. Sul d. lgs. N. 190/05, tra i commenti, v.: G. ALPA, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori (commento al d. lgs. 19 agosto 2005, n. 190)*, in *Contratti*, 2005, p. 1173 ss.; F. MAZZINI, *Una mera semplificazione lessicale dietro la scomparsa dell’intermediario*, in *Guida dir.*, 2005, p. 36 ss.

⁹⁷ Nell’ambito degli obiettivi generali del mercato interno, per favorirne il progressivo consolidamento, la direttiva considera l’instaurazione di un quadro giuridico omogeneo che assicuri un livello più elevato di protezione dei consumatori, un’iniziativa idonea ad aumentare la loro fiducia nel commercio a distanza dei servizi finanziari che, per la loro natura di beni immateriali, si prestano a tale forma di commercializzazione (considerando n. 5).

⁹⁸ Le misure specifiche si spiegano in ragione della specialità giuridica ed economica dei servizi finanziari, v.: Z. ZENCOVICH, *La tutela del fruitore dei s* Per contratto a distanza si intende: “qualunque contratto avente per oggetto servizi finanziari concluso tra un fornitore e un consumatore ervizi finanziari resi attraverso reti telematiche”, in *Dir. inform.*, 2001, p. 685 ss. (Art. 67 – ter, comma I, lett.a) del cod. cons.). La definizione riprende alla lettera quelle della direttiva, art. 2, par. I, lett. a) e del decreto attuativo. Si distinguono due ipotesi costituite da “un accordo iniziale di servizio seguito da operazioni successive”, ovvero dalla mancanza dell’accordo medesimo, nel qual caso si prevedono delle ulteriori suddivisioni ai fini dell’applicazione delle singole disposizioni della sezione IV-bis del cod. cons. (art. 67 – bis, comma II).

natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale".⁹⁹

Anche nel contesto della commercializzazione a distanza dei servizi finanziari il diritto di recesso può essere esercitato dal consumatore senza penali e senza dover indicare il motivo quando, avendo riflettuto, ritiene di non volersene avvalere; nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari mira non solo a tutelare il consumatore dall'effetto-sorpresa, quanto piuttosto ad assicurargli un ampio spazio di riflessione sulla importanza del contratto che ha concluso.¹⁰⁰

"... Il diritto di recesso non si applica ai servizi finanziari, diversi dal servizio di gestione su base individuale di portafogli di investimento se gli investimenti non sono già avviati, il cui prezzo dipende da fluttuazioni del mercato finanziario che il fornitore non è in grado di controllare e che possono avere luogo durante il periodo di recesso..." (art. 67 duodecies comma 5 lett. A) cod. cons.).¹⁰¹

Il legislatore desidera tenere conto del fatto che le parti, nel periodo in cui è attribuito il diritto di recesso, sono esposte a fluttuazioni del mercato

⁹⁹ L'art. 67- quater (informazione del consumatore prima della conclusione del contratto a distanza) prevede che : *"nella fase delle trattative e comunque prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta"*, gli siano fornite le informazioni concernenti " il fornitore", "il servizio finanziario", "il contratto a distanza" e " il ricorso", i cui contenuti sono analiticamente indicati negli articoli successivi (67-quinquies – octies). Ai sensi dell'art. 3, par. 1, della direttiva, è importante evidenziare due profili: il primo riferisce l'utilità alla posizione del consumatore *"al fine di poter valutare opportunamente il servizio finanziario propostogli e quindi scegliere con cognizione di causa"* (considerando n. 21); l'altro, ripropone la proposta e il contratto (art. 3 *"prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o un'offerta"*, considerando n. 30 *"E' opportuno che la presente direttiva contempli anche i casi in cui la normativa nazionale include il concetto di dichiarazione contrattuale fatta dal consumatore"*).

¹⁰⁰ R GIAMPETRAGLIA, *Commento agli artt.67 duodecies, 67 ter-decies e 67- quater decies del Codice del Consumo*, 356 ss., in AA. VV., *Le modifiche a codice del consumo*, Torino, 2009, a cura di MINERVINI e ROSSI CARLEO. Sui contratti a distanza ad oggetto servizi finanziari si rinvia a ZENO ZENCOVICH, *La nuova disciplina del commercio elettronico alla luce del d. lgs. 70/03. questioni generali ed ambito di applicazione*, op. cit., 36 ss.; F. BRAVO, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, op. cit., p. 381 ss., Milano, 2002; M. GIURGIOLA, *La direttiva 2002/65/Ce sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari: l'epilogo di una lunga attesa*, op. cit., p. 103 ss.

¹⁰¹ La disposizione elenca a titolo esemplificativo i servizi riguardanti: *" 1) operazioni di cambio; 2) strumenti del mercato monetario; 3) valori mobiliari; 4) quote di un organismo di investimento collettivo; 5) contratti a termine fermo su strumenti finanziari, compresi gli strumenti equivalenti equivalenti che si regolano in contanti; 6) contratti a termine su tassi di interesse; 7) contratti SWAPS su tassi di interesse, su valute o contratti di scambio connessi ad azioni o indici azionari; opzioni per acquistare o vendere qualsiasi strumento previsto dalla presente lettera, compresi gli strumenti equivalenti che si regolano in contanti"*. L'art. 67 –duodecies comma 5, lett. a cod. cons. si riferisce anche ai contratti derivati. Al riguardo v. F. BRUNO, *Derivati OTC e incomprensibile svalutazione dell'autocertificazione del legale rappresentante della società acquirente*, in *Corr. mer.*, 2008, p. 1261 ss.; P. FIORIO, *La nozione di operatore qualificato per l'investitore persona giuridica*, in *Giur. it.*, 2008, p. 2241 ss.; C. MOTTI, *L'attestazione della qualità di operatore qualificato nelle operazioni in strumenti derivati fra banche e società non quotate*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1167 ss.; A. PIRAS, *Contratti derivati: principali problematiche al vaglio della giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 2219 ss.; M. SESTA, *La dichiarazione di operatore qualificato ex art. 31 reg. Consob n. 11522/1998 tra obblighi dell'intermediario finanziario ed auto responsabilità del dichiarante*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1751 ss.; V. SANGIOVANNI, *Contratti derivati e dichiarazione del rappresentante legale*, in *Corr. mer.*, 2008, p. 41 ss.

finanziario e, pertanto, il consumatore potrebbe conseguire vantaggi indebiti, trovandosi nella posizione di far propri i vantaggi dell'operazione senza accollarsene i rischi.

L'utente particolarmente scaltro, potrebbe utilizzare il diritto di recesso per attività speculative a senso unico: se l'operazione effettuata risulta positiva non recede dal contratto, se, invece, l'operazione risulta negativa, recede.¹⁰²

Il codice di consumo prevede, inoltre, che il diritto di recesso non si applica "... alle polizze di assicurazione viaggio e bagagli o alle analoghe polizze assicurative a breve termine di durata inferiore a un mese..." (art. 67 duodecies comma 5, lett. B) cod. cons.). Anche in questo caso il legislatore vuole evitare che il consumatore abusi del fattore tempo.

La legge prevede ancora che il diritto di recesso non si applica "... ai contratti interamente eseguiti da entrambe le parti su esplicita richiesta scritta del consumatore prima che quest'ultimo eserciti il suo diritto di recesso, nonché ai contratti di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile per i danni derivanti da circolazione di veicoli a motore e dei natanti, per i quali si sia verificato l'evento assicurato..." (art. 67 duodecies comma 5, lett.c) cod. cons.). Se l'esecuzione è avvenuta su richiesta del consumatore, questi non può esercitare il diritto di recesso.

Il d. lgs. n. 221 del 2007 ha apportato, però, alcune modifiche al codice del consumo.¹⁰³

In particolare l'art. 9 del d. lgs. n. 221 del 2007 ha introdotto i nuovi articoli da 67-bis a 67-vicies bis, che compongono una nuova sezione IV-bis del capo I del titolo III della parte III del codice del consumo.¹⁰⁴

Il legislatore italiano, a differenza di quello comunitario, ha previsto "la nullità" come risposta a certi comportamenti del fornitore di servizi finanziari.

¹⁰² V. SANGIOVANNI, *Il diritto di recesso nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, op. cit., p. 417 ss.

¹⁰³ D. lgs. 23 ottobre 2007, n. 221, in G.U. n. 278 del 29 novembre 2007.

¹⁰⁴ P. BALZARINI, *Attuazione della direttiva sulla vendita a distanza di servizi finanziari*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1177 ss.; U. DRAETTA, *La protezione dei consumatori e i servizi finanziari forniti a distanza: la legge italiana della direttiva comunitaria*, in *Dir. comm. int.*, 2005, p. 465 ss.; P. LONGHINI, *Servizi finanziari telematici. La tutela di investitori, risparmiatori ed assicurati: commento al D. Lgs. 19 agosto 2005, n. 190*, Milano, 2006; F. MASTROROSA, *La commercializzazione a distanza di prodotti finanziari: la direttiva 23 settembre 2002 n. 65 e il decreto legislativo di attuazione 19 agosto 2005 n. 190*, in *Dir. internet*, 2006, p. 86 ss. P. FIORIO, *Offerte a distanza e fuori sede tra testo unico della finanza, nuovo regolamento intermediari e codice del consumo*, in www.ilcaso.it, 36 ss.; A. TORELLI, *Contratti a distanza e tutela del consumatore. La nuova disciplina nella commercializzazione dei servizi finanziari*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2006, p. 649 ss. Fra le varie informazioni che il fornitore è tenuto a dare al consumatore rientrano "l'esistenza o la mancanza del diritto di recesso conformemente all'art. 67-duodecies e, se tale diritto esiste, la durata e le modalità dell'esercizio". L'omessa informativa configura una modalità di ostacolo idonea a determinare la nullità del contratto. Gli effetti del recesso sono indicati nell'art. 67 *ter decies* comma I cod. cons.: il consumatore che esercita il diritto di recesso è tenuto a pagare l'importo del servizio finanziario effettivamente prestato dal fornitore. Gli effetti della nullità sono indicati nell'art. 67- *septies decies* comma 5 cod. cons.: la stessa nullità obbliga le parti alla restituzione di quanto ricevuto. Se il contratto è nullo per effetto del comportamento ostruzionistico del fornitore, il consumatore non è tenuto a pagare quanto altrimenti dovuto in base all'art. 67 *ter decies* comma I cod. cons.

A norma dell'art. 67-*septies decies*, comma 4 cod. cons.:" ... *il contratto è nullo nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche...*".

Nell'ambito della contrattazione a distanza dei servizi finanziari è opportuno precisare che: in caso di recesso, il corrispettivo per i servizi finanziari prestati va pagato dal consumatore e, se già pagato, non deve essere restituito; in caso di nullità, il corrispettivo per i servizi finanziari prestati non va pagato dal consumatore, diversamente dovrà essere restituito.

Tale disposizione sancisce una nullità "da comportamento", consistente nell'ostacolo all'esercizio del diritto di recesso diversa dalla nullità classica che colpisce invece l'atto.

Si ha nullità del contratto nell'ambito della commercializzazione a distanza dei servizi finanziari anche quando il fornitore " ... *non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate ...*" (art. 67-*septies decies* comma 4 cod. cons.) e quando " ... *viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche ...*" (art. 67- *seppie decies* comma 4 cod. cons.).¹⁰⁵

La nullità prevista dalla normativa in commento è una nullità relativa, azionabile dal solo consumatore (art. 67- *septies decies*, comma 5, cod. cons.), come tutte le nullità di protezione: se non si fosse derogato alla regola di cui all'art. 1421 c.c., la nullità avrebbe potuto essere azionata anche dal fornitore a danno del consumatore.

¹⁰⁵ " ... *Il consumatore che esercita il diritto di recesso previsto dall'art. 67-duodecies, comma 1, è tenuto a pagare solo l'importo del servizio finanziario effettivamente prestato dal fornitore conformemente al contratto a distanza...*" (art. 67-*ter decies* comma 1 cod.cons). Sul punto, R. GIAMPETRAGLIA, *Commento agli artt.67 duodecies, 67 ter-decies e 67- quater decies del Codice del Consumo*, in AA. VV., *Le modifiche a codice del consumo*, a cura di MINERVINI e ROSSI CARLEO, *op. cit.*, p. 356 ss. Sui contratti a distanza ad oggetto servizi finanziari si rinvia a ZENO ZENCOVICH, *La nuova disciplina del commercio elettronico alla luce del d. lgs. 70/03. questioni generali ed ambito di applicazione*, *op. cit.*, 36 ss.; F. BRAVO, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, *op. cit.*, p. 381 ss.; M. GIURGIOLA, *La direttiva 2002/65/Ce sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari: l'epilogo di una lunga attesa*, *op. cit.*, p. 103 ss.. Nel contesto della commercializzazione dei servizi finanziari a distanza il legislatore ha preferito prevedere espressamente la sanzione della nullità, quale conseguenza della violazione degli obblighi d'informativa piuttosto che quella dell' annullamento del contratto. L'alterazione deve essere significativa. Tra le ipotesi eccezionali nelle quali il legislatore ha stabilito che la conseguenza della violazione di un obbligo contrattuale è la nullità, vanno ricordati l'art. 2, d.lg. 20.6.2005, n. 122 (inerente all'obbligo del venditore-costruttore di immobile in costruzione di rilasciare la fideiussione a garanzia della somma ricevuta come acconto), e l'art. 76 Codice del consumo (che prevede la nullità per il mancato rilascio della fideiussione con cui deve essere garantita l'ultimazione dei lavori di un immobile in corso di costruzione venduto in multiproprietà). In tema: DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; F. DI MAJO, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, in *Corr. giur.*, 2005, 1282; G. AMBROSOLI, *Doveri di informazione dell'intermediario finanziario e sanzioni*, in *Contr.*, 2005, 1085; G. MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. impr.*, 2006, 950 ss.

Per evitare tale risultato e, quindi, al fine di tutelare meglio il soggetto debole del rapporto contrattuale, il legislatore sancisce, nell'ambito della commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, quale eccezione alla regola, il carattere di relatività della nullità.

Tuttavia essa è, in considerazione della irrinunciabilità dei diritti riconosciuti al consumatore dall'art. 67 *octies decies*, anche rilevabile d'ufficio dal giudice.¹⁰⁶ Dalla dichiarazione di nullità consegue il sorgere delle obbligazioni restitutorie a carico delle parti. È comunque salvo, in concorso col rimedio della nullità, il diritto del consumatore al risarcimento del danno. In tal modo, assume un ruolo essenziale il principio di responsabilità informativa: a minor trasparenza e simmetria informativa, deve corrispondere maggiore responsabilità.

L'obbligazione restitutoria non sorge, però, a carico del consumatore; infatti, nei contratti di assicurazione, è precisato (con previsione analoga a quella dettata per gli effetti del recesso dall'art. 67 *ter decies*, 5° co.) che il fornitore non può ripetere gli indennizzi e le somme che abbia eventualmente corrisposto agli assicurati e agli altri aventi diritto a prestazioni assicurative. Inoltre, l'impresa assicuratrice è tenuta alla restituzione dei premi pagati e deve adempiere alle obbligazioni sorte a suo carico nel periodo in cui il contratto abbia avuto esecuzione

¹⁰⁶ Tra i primi commentatori, v'è chi, dalle caratteristiche dell'azione, ha dedotto che la nullità in parola non solo è distante dalla costruzione generale di cui agli artt. 1421 ss. c.c., ma ha anche poco a che vedere con le nullità c.d. di protezione che caratterizzano la legislazione posta in favore del consumatore (v. art. 36 Codice del consumo): si tratterebbe, per contro, «di una forma del tutto particolare di impugnazione (a nostro avviso: stragiudiziale) del contratto, dotata di una sua specifica identità e di una peculiare disciplina», v. V. G. DE CRISTOFARO, *Contratti aventi ad oggetto "servizi finanziari" stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d.lg. 19.8.2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE* (Seconda parte), in *Studium iuris*, 2006, 393. Si tratta di una nullità relativa, azionabile dal solo consumatore, ma anche rilevabile d'ufficio dal giudice. Il consumatore non è tenuto a provare l'esistenza di un nesso causale tra inadempimento e danno.

1.4. Le modalità di esercizio del diritto di recesso nel codice del consumo alla luce delle recenti novità comunitarie

La principale disposizione comunitaria dettata dall'art. 5 della direttiva, per la quale: "...il consumatore ha diritto di rescindere il proprio impegno indirizzando una comunicazione entro il termine di almeno sette giorni dal momento in cui ha ricevuto l'informazione di cui all'art. 4, e secondo le modalità e condizioni prescritte dalla legislazione italiana (...)", è stata così recepita: "...Per i contratti e le proposte contrattuali soggetti alle disposizioni del presente decreto è attribuito al consumatore un diritto di recesso nei termini ed alle condizioni indicate negli articoli seguenti..." dall'art. 4, rubricato – Diritto di recesso, del d. lgs. n. 50/92.¹⁰⁷

Per un certo periodo di tempo, detto di raffreddamento (*cooling off period*), quindi, spetta al consumatore scegliere quale sorte riservare all'affare: conservare o cancellare l'operazione è alternativa sempre sottesa all'esercizio del diritto di recesso.

Per garantire la trasparenza e la libertà della scelta, il legislatore ha previsto una serie di meccanismi affinché il consumatore sia adeguatamente informato per iscritto dell'esistenza del diritto di recesso e sia posto in grado di esercitarlo senza incontrare difficoltà o temere conseguenze pregiudizievoli.¹⁰⁸

Il professionista deve rendere l'informazione immediatamente fin dagli atti iniziali che compie e comunque non oltre il momento della manifestazione, da parte del consumatore, della volontà negoziale.¹⁰⁹ A

¹⁰⁷ La pressione esercitata sul consumatore ne intacca la capacità di autodeterminazione negoziale, inducendolo a manifestazioni di volontà avventate e non ponderate. Attraverso le possibilità di un ripensamento, il consumatore può tornare sul consenso già espresso, rivedendo la convenienza e l'opportunità dell'affare, quando è cessato l'effetto sorpresa provocato dal comportamento aggressivo della controparte e dopo aver valutato gli obblighi che derivano dal contratto ed operato dei raffronti di qualità e prezzo con altre offerte. Sulla *ratio* della disciplina, v. A. JANNARELLI, *La tutela dei consumatori nella negoziazione fuori dai locali commerciali: introduzione generale*, op. cit., p. 20 ss.; D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, op. cit., p. 75 ss.; C. MACRÌ, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali (Commento al d. lg. 15 gennaio 1992, n. 50)*, op. cit., p. 1ss.; M. GORGONI, voce *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, op. cit., p. 1 ss.; F. ASTONE, *I contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, op. cit., p. 34ss.

¹⁰⁸ Sugli obblighi di informazione a carico della parte professionale, v. M.LOBUONO, *Informazione sul diritto di recesso e tutela del consumatore*, in AA.VV., *Le vendite aggressive*, a cura di JANNARELLI, op. cit., p. 117 ss.; D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, op. cit., p. 90 ss.; B. TASSONE, *Vendita fuori dai locali commerciali*, in *Vendita*, XV, I, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di CENDON, Torino, 2004, p. 264 ss. L'art. 47 (Informazione sul diritto di recesso) riprende sostanzialmente contenuti e rubrica dell'art. 5 del decreto attuativo della direttiva, che all'art. 4 recava le relative prescrizioni comunitarie.

¹⁰⁹ L'art. 9 del d. lgs. N. 50/92 prescriveva alcune modalità particolari attraverso le quali il professionista doveva rendere l'informazione sul diritto di recesso nelle forme speciali di vendita, che, come evidenziato, con l'entrata in vigore del codice del consumo sono state trasfuse nell'art. 59. L'informazione sul recesso deve essere fornita nel corso della presentazione del prodotto o servizio, compatibilmente con le particolari esigenze poste dalle caratteristiche del particolare strumento informatico o telematico e dalle relative evoluzioni tecnologiche. Mentre, in caso di impiego dello strumento televisivo, l'informazione deve essere fornita all'inizio e nel corso della trasmissione nella quale è presentata l'offerta. In tutti i casi rientranti nella disciplina della contrattazione a distanza, l'informazione deve essere fornita per iscritto non oltre il momento della consegna della merce,

seconda dei casi, l'informazione deve risultare contenuta nella nota d'ordine che il professionista sottopone per la sottoscrizione al consumatore, al quale è tenuto a consegnarne copia (art. 47, comma III)¹¹⁰, ovvero deve comparire nel contenuto della proposta o del contratto sottoposto al consumatore (art. 47, comma IV)¹¹¹, ovvero ancora, deve essere contenuta nei cataloghi o negli altri documenti illustrativi della merce o del servizio.¹¹²

Ai fini del conseguimento degli obiettivi di tutela auspicati dal legislatore, l'importanza dell'informazione preventiva, completa e trasparente sul diritto di recesso, emerge non solo dalle richiamate prescrizioni, ma anche dall'apparato sanzionatorio apprestato a presidio.

In attuazione delle indicazioni della direttiva, il legislatore italiano ha ricollegato all'inosservanza da parte del professionista delle prescrizioni del

momento dal quale inizia a decorrere il periodo di recesso. V. N. SCANNICCHIO, *La vendita a distanza con mezzi di comunicazione istantanei*, in AA.VV., *Le vendite aggressive* a cura di JANNARELLI, *op. cit.*, p. 260 ss.

¹¹⁰ La copia della nota d'ordine, da consegnare al consumatore, deve recare l'indicazione del luogo e della data di sottoscrizione (art. 47, comma III, ultima parte). La prescrizione rileva ai fini della verifica del corretto adempimento degli obblighi di informazione e, quindi, della decorrenza e della durata dei termini per l'esercizio del diritto di recesso.

¹¹¹ Il relativo documento, tra gli altri requisiti adesso richiesti dall'art. 47, deve contenere anche l'indicazione del luogo e della data in cui viene consegnato al consumatore, nonché gli elementi necessari per identificare il contratto. Di tale documento l'operatore commerciale può richiedere una copia sottoscritta dal consumatore (art. 47, comma IV, seconda parte).

¹¹² C. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, *op. cit.* 52 ss.. I commi III e IV dell'art. 47 disciplinano le modalità dell'informativa nelle offerte fuori sede di cui alle lettere a), b), c) dell'art. 45, comma I. In relazione alla fattispecie della lett. d), il quinto comma dell'art. 47 prevede che l'informativa debba, a seconda dei casi, essere riportata :” *nel catalogo o altro documento illustrativo della merce o del servizio*”, ovvero “*nella relativa nota d'ordine*”, nella quale “*può essere riportato il solo riferimento al diritto di esercitare il recesso, con la specificazione del relativo termine e con rinvio alle indicazioni contenute nel catalogo o altro documento illustrativo della merce o del servizio per gli ulteriori elementi previsti nell'informazione*”. Condizioni contrattuali e informazioni vanno date prima che il consumatore sia vincolato da un contratto, in modo che l'utente possa riflettere sulle condizioni contrattuali proposte e sulle informazioni comunicate. La ragione di questa regola è che solo la conoscenza delle condizioni e delle informazioni provenienti dal fornitore consente al consumatore di prendere una decisione appropriata. Se esse vengono comunicate dopo la conclusione del contratto, non sono di giovamento per lo stesso. Con questa disposizione il legislatore fa eccezione al principio di cui al comma I secondo il quale condizioni contrattuali e informazioni vanno date prima della conclusione del contratto. Si tratta di un'eccezione che opera in presenza di due condizioni particolari. La prima è che il contratto sia stato concluso su richiesta del consumatore, e dunque è questi a pretendere la conclusione del contratto prima di avere ottenuto condizioni e informazioni. Il secondo presupposto fissato dalla norma è la presenza di una situazione di impossibilità di trasmissione prima della conclusione. A fronte dell'impossibilità di trasmissione immediata di condizioni e informazioni e di una richiesta del consumatore di procedere, l'interesse a una veloce conclusione del contratto, prevale rispetto all'esigenza di un'approfondita informativa. La disposizione è per certi versi sorprendente in quanto consente la conclusione di un contratto di cui il consumatore non conosce appieno il contenuto. Si deve considerare, però, che l'utente trova tutela nel diritto di recesso, il cui termine decorre dalla data in cui il consumatore riceve le condizioni contrattuali e le informazioni. Ne consegue che è vero che l'utente può eccezionalmente concludere un contratto senza conoscerne i dettagli, ma è altrettanto vero che può recedere dallo stesso.

d.lgs. n. 50/92, l'applicazione di specifiche sanzioni amministrative ovvero penali qualora sia configurabile addirittura un reato.¹¹³

Anche sul piano civilistico, l'inosservanza delle prescrizioni sull'informazione produce alcune importanti conseguenze negative per il professionista che si ripercuotono sul funzionamento del meccanismo del recesso e sulla definizione di vari aspetti della vicenda contrattuale perdurante l'opacità dell'offerta commerciale.

Proprio in relazione agli obblighi di informazione, il legislatore ha costruito un sistema binario delle durate del periodo di recesso fissate in un termine breve, corrispondente ai sette giorni, e, in uno lungo, di sessanta giorni.

Il primo termine, più breve, avente l'iniziale durata di sette giorni, portati a dieci lavorativi dall'intervento riordinativo della codificazione del consumo (art. 64, comma I), presuppone il corretto assolvimento degli obblighi di informazione e decorre a seconda dei casi.

Il secondo termine, della durata di sessanta giorni, rimasto inalterato nel codice del consumo, scatta qualora il professionista non abbia soddisfatto gli obblighi di informazione sul diritto di recesso (art. 65, comma II), oppure abbia fornito un'informazione incompleta o errata che non consenta al consumatore il corretto esercizio del diritto di recesso (comma III).¹¹⁴

Il suddetto termine decorre dalla data di stipulazione del contratto, se esso ha per oggetto la prestazione dei servizi, ovvero dalla data di ricevimento della merce, nel caso di contratti riguardanti la fornitura di beni (art. 65, comma III).¹¹⁵

¹¹³ Negli articoli 62 (sanzioni) e 63 (foro competente), costituenti la sezione III del capo I (particolari modalità di conclusione del contratto) del codice del consumo, sono stati ripresi anche i contenuti degli articoli 11 e 12 del d. lgs. N. 50/92.

I primi due commi dell'art. 62, dispongono: "... 1. Salvo che il fatto costituisca reato il professionista che contravviene alle norme di cui al presente capo, ovvero non fornisce l'informazione al consumatore, ovvero ostacola l'esercizio del diritto di recesso ovvero fornisce informazione incompleta o errata o comunque non conforme sul diritto di recesso da parte del consumatore secondo le modalità di cui agli artt. 64 e ss., ovvero non rimborsa al consumatore le somme da questi eventualmente pagate, nonché nei casi in cui abbia presentato all'incasso o allo sconto di effetti cambiari prima che sia trascorso il termine di cui all'art. 64, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro cinquecentosedici a euro cinquemilaseccantacinque. 2. Nei casi di particolare gravità o di recidiva, i limiti minimo e massimo della sanzione indicata al comma 1 sono raddoppiati...".

¹¹⁴ Rispetto all'iniziale contenuto dell'art. 6, comma II, del d. lgs. N. 50/92, nel corrispondente art. 65, comma III, del codice del consumo, nell'ambito del regime comune del diritto di recesso risultante dalla combinazione con le successive disposizioni sulla contrattazione a distanza, si colgono alcune variazioni lessicali nella definizione del presupposto, rimasto immutato, di applicazione del termine lungo di sessanta giorni per l'esercizio dell'esercizio del recesso. In luogo dell'iniziale riferimento semplice alla "informazione sul diritto di recesso", quello attuale è più complessivo "degli obblighi di informazione"; inoltre, la valutazione del comportamento inadempiente della parte professionale, non avviene più secondo il parametro elastico e successivo delle conseguenze "che non abbia consentito il corretto esercizio di tale diritto" bensì secondo la formula più astratta e fissata ex ante "che non consenta il corretto esercizio del recesso".

¹¹⁵ Ai sensi dell'art. 65, comma I, lett. a), la decorrenza del termine breve dal ricevimento della merce è prevista tanto se prima della conclusione del contratto il professionista non abbia mostrato o

Il codice del consumo prescrive, inoltre, l'invio di un'apposita comunicazione scritta alla sede del professionista, considerata utilmente effettuata mediante la spedizione di una raccomandata con ricevuta di ritorno, entro i termini previsti dal regime legale o, se maggiori, dal contratto.

In luogo della comunicazione, se così espressamente pattuito, l'esercizio del diritto di recesso può avvenire mediante la restituzione della merce ricevuta. (comma III).

L'informazione costituisce oggetto di un comportamento necessitato dell'imprenditore, reso obbligatorio da espresse previsioni di legge, le quali hanno assunto sempre maggiore importanza alla luce dei nuovi meccanismi del moderno mercato concorrenziale.¹¹⁶

L'importanza del momento informativo, allargando l'orizzonte alla vendita di beni e servizi di consumo in generale, è del resto palese se si considera che, per un corretto ed efficiente funzionamento del mercato, costituisce un dato imprescindibile il fatto che il consumatore possa muoversi e rispondere alle tecniche sempre più aggressive dell'offerta commerciale contando, da un lato, su di un consistente bagaglio di informazioni e, dall'altro, su di un alto grado di trasparenza circa le informazioni stesse.¹¹⁷

Per le vendite a distanza,¹¹⁸ il legislatore prevede che il termine per l'esercizio del diritto di recesso decorra, se vi è stata informazione, dalla ricezione, in mancanza, decorra dalla stessa.

illustrato alcun bene, quanto se il bene mostrato o illustrato sia un prodotto diverso da quello oggetto del contratto.

¹¹⁶ G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 411 ss.

¹¹⁷ E. POMINI, *Informazione e tutela del consumatore nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Contratti*, 2004, p. 951 ss. Ciò posto, è certamente da escludere che, in relazione al contenuto dell'informazione, l'operatore commerciale possa pensare di avere adempiuto correttamente al disposto normativo semplicemente inserendo una clausola nel contratto che rimandi genericamente alla norma in esame ed al suo contenuto, in questo modo addossando al consumatore l'onere di apprendere tutti i riferimenti necessari per l'esercizio del diritto di recesso. Negli ultimi anni sotto la spinta proprio della legislazione speciale o di settore, si è assistito ad un ritorno del formalismo negoziale, quale strumento privilegiato dalla legislazione di matrice comunitaria per favorire la riflessione sullo stipulando negozio e conferire certezza alla contrattazione.

¹¹⁸ V.G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Studium iuris*, 1999, 1198; S. BASTIANON, *Prime osservazioni sulla direttiva 97/7/CE in tema di contratti a distanza*, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, 1284 ss. Si prevede che "per i contratti e per le proposte contrattuali a distanza ovvero negoziati fuori dai locali commerciali, il consumatore ha diritto di recedere senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo, entro il termine di dieci giorni lavorativi" (art. 64 comma I cod. cons.). Ai sensi dell'art. 52, comma I: "In tempo utile, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza, il consumatore deve ricevere..." tutta una serie di informazioni sui principali profili soggettivi e oggettivi, normativi ed economici del contratto e della sua esecuzione, oltre quelli riferiti al diritto di recesso. L'art. 52 (Informazioni per il consumatore), comma I, del cod. cons., prevede: "In tempo utile, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza, il consumatore deve ricevere le seguenti informazioni: a) identità del professionista e, in caso di contratti che prevedono il pagamento anticipato, l'indirizzo del professionista; b) caratteristiche essenziali del bene o servizio; c) prezzo del bene o servizio, comprese le tasse o imposte; d) spese di consegna; e) modalità del pagamento, della consegna del bene o della prestazione del servizio e di ogni altra forma di esecuzione del contratto; f) esistenza del diritto di recesso o di esclusione dello stesso ai sensi dell'art. 55, comma 2; g) modalità e tempi di restituzione

Per i servizi, invece, il *dies a quo* è quello della conclusione del contratto ovvero, quello della ricezione delle informazioni. Nelle due ipotesi è ammessa una tardiva informazione, che ha solo l'effetto di spostare il *dies a quo* del termine del recesso dalla ricezione dei beni, ovvero dalla conclusione del contratto, al momento della ricezione delle informazioni.¹¹⁹

In relazione agli effetti dell'esercizio del diritto di recesso, il legislatore italiano ha dettato una disciplina che pare ispirata, quanto alla decorrenza, al criterio della ricezione¹²⁰ e quanto ai contenuti ad un criterio di tipo restitutorio, sostanzialmente neutro.

o di ritiro del bene in caso di esercizio del diritto di recesso; h) costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza quando è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base; i) durata della validità dell'offerta e del prezzo; l) durata minima del contratto in caso di contratti per la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ad esecuzione continuata o periodica". Il consumatore deve essere informato dell'esistenza o meno del diritto di recesso (lett. f), nonché delle modalità e dei tempi per le eventuali restituzioni dei beni in conseguenza del suo esercizio (lett. g). Lo stesso art. 52, comma II, impone di rispettare i canoni della trasparenza, adeguatezza (del mezzo rispetto alla tecnica di comunicazione utilizzata), correttezza (principi di buona fede e di lealtà) e protezione (dei consumatori). Le stesse informazioni devono essere tutte confermate per iscritto o, a scelta del consumatore, su altro supporto duraturo a sua disposizione e a lui accessibile, prima o al momento dell'esecuzione del contratto. Entro tale momento e nelle stesse forme, per la migliore tutela dei diritti del consumatore, devono essergli rese alcune informazioni aggiuntive, concernenti anche le condizioni e le modalità di esercizio del diritto di recesso (art. 53, comma I, lett. a). L'art. 62 (sanzioni) del cod. cons., nell'ambito del regime comune del diritto di recesso, riprende sostanzialmente il contenuto dell'art. 12 del d. lgs. N. 185/99 (in merito a questa norma, v. G. DE MARZO, *I contratti a distanza. Commento al decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185*, op. cit., p. 50ss.; A FRATERNALE, *I contratti a distanza, op.cit.*, p. 213 ss. L'apparato sanzionatorio previsto per l'inosservanza delle prescrizioni scatta se il professionista non fornisce l'informazione al consumatore, ovvero ostacola l'esercizio del diritto di recesso ovvero fornisce un'informazione incompleta o errata o comunque non conforme sul diritto di recesso secondo le modalità di cui agli artt. 64 ss. La direttiva ha disposto che: "Per qualunque contratto negoziato a distanza il consumatore ha il diritto di recedere entro il termine di almeno sette giorni lavorativi senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo. Le uniche spese eventualmente a carico del consumatore dovute all'esercizio del suo diritto di recesso sono le spese dirette di spedizione dei beni al mittente" (art. 6, par. I). Quanto ai termini per esercitare il diritto di recesso nella direttiva è adottato un regime binario, incentrato su una coppia di termini: l'uno breve, di almeno sette giorni lavorativi, e l'altro lungo, di tre mesi, applicabili a seconda del rispetto e della violazione degli obblighi di conferma scritta dell'informazione, con l'ulteriore distinzione nelle relative decorrenze tra forniture di beni e prestazioni di servizi. L'intero sistema è stato recepito dal d. lgs. n. 185/99 con una significativa modifica di segno favorevole per i consumatori, consistente nell'allungamento a dieci giorni lavorativi del termine breve. Le disposizioni del decreto attuativo hanno contribuito alla complessiva ridefinizione del regime comune del recesso e all'uniformazione in dieci giorni lavorativi della durata di tutti i termini brevi di esercizio del diritto di recesso previsti dalle discipline consumeristiche della raccolta di settore.

¹¹⁹ R. GIAMPETRAGLIA, *Il diritto di recesso nel codice del consumo, op. cit.*, p. 81 ss. Sempre sotto il profilo temporale, va rilevato come sull'argomento dell'adempimento degli obblighi restitutori i testi tacciono circa le conseguenze di una tardiva restituzione. Posto che logicamente e cronologicamente la restituzione segue il recesso, e posto che di tardività della stessa non può parlarsi quando si prolunga lo stesso *spatium deliberandi* per violazione dei doveri di informazione, certo è che il legislatore non ha voluto prevedere alcun diritto di ritenzione a favore del consumatore, per cui non è dato stabilire quale sia o debba essere la sanzione per un'eventuale tardiva restituzione. V. l'art. 73 del cod.cons.

¹²⁰ Sugli effetti del recesso, v. D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive, op.cit.*, p. 223 ss.; G. BELLANTUONO, *Gli effetti del recesso nelle negoziazioni fuori dei locali commerciali*, in JANNARELLI, *le vendite aggressive e le vendite a distanza*, Napoli, 1995, p. 171 ss., C. MACRÌ, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali (commento al d. lg. 15 gennaio 1992 n. 50)*, op. cit., p. 90 ss.; L.V. MOSCARINI, *Diritto di recesso e contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Materiali e*

Con la ricezione da parte del professionista della comunicazione di recesso, le parti sono sciolte dalle rispettive obbligazioni scaturenti dal contratto o dalla proposta contrattuale, dalle quali scaturiscono reciproci obblighi restitutori¹²¹, secondo precise scadenze temporali prefissate dalle norme, per quanto attiene alla merce consegnata¹²² e al prezzo pagato, con l'eventuale eccezione delle spese accessorie.¹²³

Per il caso di esercizio del diritto di recesso, secondo il regime comune del codice del consumo, le uniche spese dovute dal consumatore sono quelle per la restituzione del bene, ove espressamente previste nel contratto (art. 67, comma III).¹²⁴

La Corte di giustizia, al riguardo, decidendo sulla domanda ex art. 234 del Trattato CE di un tribunale tedesco, ha stabilito che l'interpretazione corretta dell'art. 6, n. 1 e 2 della direttiva 97/7/CE osta ad una normativa nazionale la quale preveda che il venditore può chiedere al consumatore un'indennità, per l'uso di un bene acquistato con un contratto a distanza, nel termine contrattualmente previsto; l'unico onere economico per il consumatore, nel caso di recesso, può essere solo quello del rimborso delle spese di spedizione del bene.

Ferma l'esigenza di tutela del consumatore nel senso dell'effettività del diritto di recesso, la Corte precisa che la normativa di uno Stato membro può imporre al consumatore il pagamento di un'equa indennità, nel caso in cui abbia fatto uso del bene acquistato a distanza in modo che la restituzione si riveli incompatibile con la buona fede o con il principio dell'arricchimento senza giusta causa.¹²⁵

commenti nel nuovo diritto dei contratti, a cura di VETTORI, Padova, 1999, p. 235 ss.. Sulla natura recettizia dell'atto di esercizio del diritto di recesso e i problemi di coordinamento rispetto alle disposizioni degli artt. 1334 e 1335 c.c., v. D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, op. cit., p. 223 ss.; G. BELLANTUONO, *Gli effetti del recesso nella negoziazione fuori dei locali commerciali*, op. cit., p. 171 ss.; C. MACRÌ, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali (commento al d. lg. 15 gennaio 1992 n. 50)*, op. cit., p. 95ss.

¹²¹ L'iniziale contenuto dell'art. 8 (effetti del diritto di recesso) del d. lgs. N. 50/92, con l'entrata in vigore del codice del consumo, è stato sostanzialmente trasfuso negli artt. 66 e 67 (ulteriori obbligazioni delle parti) all'interno del nuovo regime comune del diritto di recesso.

¹²² Il primo comma dell'art. 67, con riguardo all'obbligo del consumatore di restituzione della merce, dispone: "qualora sia avvenuta la consegna del bene il consumatore è tenuto a restituirlo o a metterlo a disposizione del professionista o della persona da questi designata, secondo le modalità e i tempi previsti dal contratto. Il termine per la restituzione non può essere inferiore a dieci giorni lavorativi decorrenti dalla data del ricevimento del bene. Ai fini della scadenza del termine la merce si intende restituita nel momento in cui viene consegnata all'ufficio postale accettante o allo spedizioniere".

¹²³ Con riferimento alle spese accessorie, assumono rilievo le disposizioni del secondo comma dell'art. 46 del cod. cons., che riprendono quelle corrispondenti del d. lgs. n. 50/92 (art. 3, comma II), che richiedono una preventiva individuazione, con specificazione della causale e dell'importo fin dalla nota d'ordine, dal catalogo o da altro documento illustrativo impiegato.

¹²⁴ Rispetto al contenuto delle disposizioni dell'art. 8, comma III, del d. lgs. N. 50/92, l'art. 67, comma III, del codice del consumo sembra operare una riduzione delle spese accessorie rimborsabili in caso di esercizio del diritto di recesso unicamente a quelle di restituzione del bene, con esclusione delle altre.

¹²⁵ Corte di giustizia delle CE, 3 settembre 2009, causa C-489/07, in *Contr.*, 2010

Secondo il codice del consumo, il professionista è tenuto a rimborsare al consumatore le somme pagate, ivi comprese quelle versate a titolo di caparra. Il rimborso deve avvenire gratuitamente, in ogni caso entro trenta giorni dalla data in cui il professionista è venuto a conoscenza dell'esercizio del recesso da parte del consumatore (art. 67, comma IV).¹²⁶

Quelle del “*consenso preventivo*” e della “*non esplicitazione della volontà contraria*” del consumatore, costituiscono due varianti nelle modalità di manifestazione della volontà del consumatore poste all'avvio del procedimento di formazione del contratto a distanza, durante il quale le fonti prevedono l'accordo contrattuale delle parti, oltre che l'eventuale recesso del consumatore.¹²⁷

Le finalità di protezione dei consumatori e di ampliamento e sviluppo del mercato nell'ambito della contrattazione a distanza, non sono state affidate unicamente alle richiamate tutele sostanziali, ma nell'impianto stesso della direttiva comunitaria sono state supportate da altre incisive misure di indole probatoria: l'onere della prova della correttezza della contrattazione a distanza, il foro giudiziale del consumatore, le procedure conciliative, la legittimazione collettiva delle associazioni dei consumatori.¹²⁸

In relazione agli effetti cambiari, che solitamente il professionista si fa rilasciare dal consumatore per il pagamento del prezzo della merce o del servizio, è stato previsto che il professionista non può accettare a titolo di corrispettivo effetti cambiari con scadenza inferiore a quindici giorni dalla stipulazione del contratto e non può presentarli allo sconto prima di tale data.

¹²⁶ La norma, ancora, prescrive che: “*E' fatto obbligo al professionista di comunicare al terzo concedente il credito l'avvenuto esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore. Le somme versate dal terzo che ha concesso il credito a pagamento del bene o del servizio fino al momento in cui ha conoscenza dell'avvenuto esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore sono rimborsate al terzo dal professionista, senza alcuna penalità, fatta salva la corresponsione degli interessi legali maturati*”. I contenuti sono stati integralmente ripresi dalla direttiva e dal decreto attuativo (art. 5, comma VIII).

¹²⁷ Art. 9 della direttiva e del decreto attuativo. Sul divieto v. G. DE MARZO, *I contratti a distanza. Commento al decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185, op. cit.*, p. 44 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore, op. cit.*, p. 1201 ss.; A. FRATERNALE, *I contratti a distanza, op. cit.*, p. 149 ss.; D. VALENTINO, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza, op. cit.*, p. 739 ss.

¹²⁸ Accanto alle tutele incentrate sul diritto di recesso e l'informazione, si segnalano quelle previste dalla direttiva con riferimento all'esecuzione del contratto (art. 7) e al pagamento mediante carta riprese nel decreto attuativo e adesso nel codice del consumo (artt. 54 e 56). Così, la direttiva rimette agli Stati la prescrizione a carico del professionista dell'onere della prova della correttezza della contrattazione a distanza (art. 1, par. III). La direttiva prevede pure la possibilità che gli Stati introducano un controllo volontario da parte di organismi autonomi e procedure conciliative (art. 11, par. IV). Tra le misure processuali recepite, oltre a quella del foro territorialmente competente del consumatore (art. 14 del d. lgs. N. 185/99), si segnalano quelle della legittimazione collettiva delle associazioni dei consumatori e degli utenti ad agire per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori in relazione alle disposizioni della disciplina sulla contrattazione a distanza (art. 13). In proposito: C. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso, op. cit.*, p. 92 ss. ; D. VALENTINO, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza, op. cit.* p. 740 ss.

Inoltre, in caso di esercizio del diritto di recesso, se il pagamento è stato effettuato per mezzo di effetti cambiari, qualora questi non siano stati ancora presentati all'incasso, gli stessi devono essere restituiti.¹²⁹

A garanzia dell'effettivo rispetto delle disposizioni sulla restituzione delle somme, il legislatore italiano ha previsto un'ampia gamma di rimedi. Accanto alle sanzioni amministrative a carico del professionista, è stato fissato quale esclusivo foro territorialmente competente per le controversie civili quello del giudice del luogo di residenza o domicilio del consumatore.¹³⁰

In generale, si prevede che le “*parti possono convenire garanzie più ampie nei confronti dei consumatori*” rispetto al regime legale del recesso,¹³¹ quale ripreso adesso dal codice del consumo (art. 65, comma V). Ulteriori spazi specifici per l'autonomia privata sono riconosciuti a proposito dell'espressa previsione della non rimborsabilità delle spese accessorie, dei termini più ampi e delle modalità diverse di esercizio del recesso rispetto a quelle previste dal regime legale.

In relazione ai servizi non richiesti (art. 67 – *quinquies-decies*),¹³² la norma stabilisce (comma I) che il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta e che, in ogni caso, l'assenza di risposta non implica consenso del consumatore.¹³³

L'esplicita richiesta scritta viene sostanzialmente equiparata a una implicita rinuncia al diritto di recesso. La legge richiede che la richiesta del consumatore sia non solo scritta, ma anche esplicita. In questo modo si vogliono evitare fraintendimenti fra le parti; in particolare si vuole evitare il rischio che il fornitore esegua il contratto senza la reale espressione di un consenso dell'utente per poi pretendere il corrispettivo.¹³⁴

¹²⁹ C. MACRÌ, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali (commento al d.lg. 15 gennaio 1992 n. 50)*, op. cit., p. 96 ss.

¹³⁰ A. PRINCIGALLI, *La tutela del consumatore*, in Jannarelli, op. cit., p. 106 ss.; F. D'ARCANGELO I *Contratti negoziati fuori dei locali commerciali nell'elaborazione della giurisprudenza*, in *Il Giudice di pace*, 2001, p. 241 ss.

¹³¹ A. TOMASSETTI, *Obblighi di informazione e responsabilità nella disciplina della vendita “porta a porta”*, in AA.VV., *Materiali e commento sul nuovo diritto del contratto*, a cura di VETTORI, Padova, 1999, p. 297 ss.

¹³² In relazione alle altre discipline consumeristiche l'espressione utilizzata è di “fornitura non richiesta”. La direttiva 2002/65/CE, al considerando n. 25, prevede che : “*il consumatore dovrebbe essere tutelato dai servizi non sollecitati. Dovrebbe essere sollevato da qualsiasi obbligo nel caso di servizi non sollecitati e l'assenza di risposta non dovrebbe implicare consenso da parte sua*”. Le prescrizioni dell'art. 9 della direttiva sono state attuate dall'art. 14 del d. lgs. 190/05 (adesso, 67 – *quinquies-decies* del cod. cons.). La recente disciplina comunitaria sulle pratiche commerciali sleali (direttiva n. 2005/29/CE), ha modificato i regimi delle forniture non richieste nei contratti a distanza e dei servizi non richiesti nella commercializzazione a distanza dei servizi finanziari. Con l'art. 3 del d.lgs. n. 146/2007, è stato riformulato l'iniziale contenuto dell'art. 14 del d. lgs. N. 190/05, raccordandolo alla disciplina, trasfusa nel codice del consumo, delle pratiche scorrette.

¹³³ La disposizione assume un rilievo sistematico significativo, in quanto, con riferimento alla formazione del contratto a distanza, si precisa che il silenzio del consumatore non può essere interpretato né dal fornitore, né dalle norme dell'ordinamento interno come manifestazione di volontà di accettazione del servizio.

¹³⁴ V. SANGIOVANNI, *Il diritto di recesso nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, op. cit., 417 ss.

Nel mese di ottobre 2008 la Commissione Europea ha presentato una Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio COM (2008) 614, a fronte del cospicuo *corpus* normativo adottato a tutela degli acquirenti, che tuteli i consumatori europei negli acquisti effettuati con tutti gli strumenti possibili (*on line*, a distanza, “ tradizionali”), su tutto il territorio comune.

Con la proposta in esame viene soddisfatta l’esigenza di potenziare la tutela degli acquirenti europei, accorpando in un unico atto normativo le disposizioni sparse nei meandri dell’ordinamento comunitario.

La Proposta mira ad unificare le seguenti direttive attualmente in vigore: 1) Dir. 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; 2) Dir. 99/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo; 3) Dir. 97/7/CE in materia di contratti a distanza; 4) Dir. 85/577/CEE sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali.

Poiché le direttive summenzionate fissano solo dei requisiti minimi, nel corso degli anni gli Stati membri hanno stabilito regole ulteriori che variano da un ordinamento all’altro.

Ciò mina la certezza del diritto dei consumatori europei, i quali si ritrovano a ricevere una tutela diversa a seconda dell’ordinamento giuridico nel quale acquistano. Basti pensare che attualmente il periodo entro cui esercitare il recesso oscilla nei vari ordinamenti da 7 a 15 giorni.

Per evitare situazioni di questo tipo, e al fine di rassicurare i consumatori europei, permettendo loro di comparare i prezzi tra venditori che si trovano da un capo all’altro dell’Europa, la proposta intende potenziare la sicurezza degli acquirenti europei in tutte le fasi dell’acquisto.

La nuova direttiva sui diritti dei consumatori avrà ad oggetto tutti i contratti relativi a vendite di beni e servizi tra imprese e consumatori.

Tra le novità che si vorrebbero introdurre con tale Proposta di direttiva si segnala, in particolare, la previsione di un modulo standardizzato per esercitare il diritto di recesso da inserire nello stesso buono d’ordine (art. 10, par. 1).

Infatti, circa i requisiti formali per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali, si prevedono due condizioni di validità: la necessaria sottoscrizione di un buono d’ordine da parte del consumatore, se il contratto è su supporto cartaceo, e la consegna di una copia dell’ordine nei casi in cui questo sia “ *...su un altro mezzo durevole...* ”.

Per i contratti a distanza un ulteriore passo avanti potrebbe essere rappresentato dall’art. 11, paragrafo 1, laddove prevede che le informazioni debbano essere fornite o messe a disposizione dei consumatori prima della conclusione del contratto, in un linguaggio semplice e comprensibile.¹³⁵

¹³⁵ Art. 11, par. 4, Direttiva 2011/83/UE: “ *... Il consumatore riceve la conferma di tutte le informazioni ... su un mezzo durevole, entro un tempo ragionevole dopo la conclusione di qualsiasi contratto a distanza e al più tardi al momento della consegna dei beni oppure quando è iniziata l’esecuzione del servizio, a meno che l’informazione non sia stata già fornita al consumatore su un mezzo durevole prima della conclusione di ogni contratto a distanza...* ”.

In merito è da segnalare l'art. 11, paragrafo 4, in base al quale : “ ... *il consumatore riceve la conferma di tutte le informazioni su un mezzo durevole entro un tempo ragionevole dopo la conclusione di qualsiasi contratto a distanza e al più tardi al momento della consegna dei beni oppure quando è iniziata l'esecuzione del servizio...* ”.

In tal modo, però, molte informazioni potrebbero essere fornite solo successivamente alla conclusione, al momento della consegna, mettendo in pericolo la stessa posizione del consumatore.

In ordine alla “durata del periodo di recesso”, diversamente dall'art. 64 del cod. cons., la Proposta individua un periodo di 14 giorni per recedere da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali senza dichiarare alcuna motivazione, precisando, al riguardo, che per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali il periodo decorre dal giorno in cui il consumatore firma il buono d'ordine o da quando riceve una copia dell'ordine su un altro mezzo durevole; nel caso dei contratti a distanza per la vendita di beni, il periodo decorre dal giorno in cui il consumatore o un terzo acquisisce il possesso materiale dei beni; nel caso di contratti a distanza per la fornitura di servizi, il periodo decorre dalla data di conclusione del contratto.

Nel caso in cui il commerciante non fornisca al consumatore le dovute informazioni, il periodo di ripensamento è prorogato *ex lege*, infatti spira tre mesi dopo che il venditore abbia adempiuto pienamente ai suoi altri obblighi contrattuali.

Quanto alle modalità di esercizio del recesso, l'art. 14 prevede che il consumatore informi il commerciante mediante *un mezzo durevole*, non specificando cosa si intende per esso.

A norma dell'art. 16 della direttiva 2011/83/UE, in caso di recesso il commerciante sarebbe legittimato “ ... *a trattenere il rimborso finché non abbia ricevuto o ritirato tutti i beni oppure finché il consumatore non abbia dimostrato di aver restituito i beni...*”,¹³⁶ mentre il consumatore deve restituire i beni o consegnarli al commerciante o ad un terzo autorizzato a riceverli, entro 14 giorni dalla data in cui comunica il suo recesso al commerciante.

Nello stesso tempo, a differenza dell'art. 67, comma 2 del codice del consumo, per cui “... *è sufficiente che il bene sia restituito in normale stato di conservazione in quanto sia stato custodito ed eventualmente adoperato con l'uso della normale diligenza...*”, la direttiva 2011/83/UE, prevede che il consumatore sia “ ...*responsabile della diminuzione del valore dei beni risultante dalla manipolazione oltre a quella necessaria per accertare il valore e il funzionamento del bene...*”.

Aspetto, questo, alquanto sconcertante rispetto all'attuale statuizione. In realtà dovrebbe essere chiarito il significato dell'espressione “...

¹³⁶ Nella realtà è spesso il consumatore ad essere riluttante davanti alla possibilità di recedere a causa dei costi per la restituzione del bene e per il timore che il commerciante ometta la restituzione del prezzo pagato.

manipolazione oltre a quella necessaria...”; il legislatore, forse, dimentica che oggetto di tali tipi di contratti è sempre un bene materiale e, in caso di contratti a distanza, sarebbe opportuno prevedere in aggiunta anche un “limitato tempo di utilizzo”.

Un aspetto positivo riguarda, invece, la disposizione finale del paragrafo 2 dell’art. 17 che esonera il consumatore dal costo per i servizi forniti, in pieno o in parte, durante il periodo di recesso. Si introduce, così, un regime maggiormente garantista rispetto a quello del Codice del consumo.

Alla luce di quanto sopra e sulla scia di quanto analizzato nel corso della ricerca, ci si chiede se ci troviamo davvero di fronte ad un regime maggiormente garantista rispetto a quello del Codice del consumo.

CAPITOLO II

NATURA GIURIDICA E FUNZIONE DEL RECESSO: LE POSIZIONI DELLA DOTTRINA

2.1. La natura giuridica del diritto di recesso:

a) Nozione di recesso e sue classificazioni

Il recesso è il negozio unilaterale con cui la parte di un contratto ne dispone lo scioglimento¹³⁷ e costituisce, ove sia prevista tale facoltà, per una o entrambe le parti, espressione di un diritto potestativo, che può avere fonte legale o convenzionale.

L'esercizio del recesso può essere libero o vincolato ad un presupposto, talora identificato in modo generico come giusta causa, altre volte indicato in modo specifico; può avere effetto immediato ovvero richiedere un termine di preavviso, può essere svincolato da limiti di tempo oppure soggiacere ad un termine finale o iniziale.

Trattandosi di atto unilaterale, il recesso produce i propri effetti a norma dell'art. 1334 c.c. nel momento in cui perviene a conoscenza del destinatario, operando la presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c., e, una volta esercitato, è irrevocabile, al fine di salvaguardare la certezza dei rapporti giuridici.¹³⁸

¹³⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 541; F. CARRESI, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 844 secondo cui " *carattere costante e indefettibile del recesso, sia esso legale o convenzionale, è di causare l'estinzione del vincolo della parte che recede con conseguente estinzione del contratto quando sia con due sole parti o quando, pur essendo con più di due parti, la partecipazione della parte che recede debba considerarsi essenziale, mentre quando non debba considerarsi essenziale il recesso causerà una doppia vicenda: una vicenda estintiva nei confronti della parte che recede e una (oggettivamente modificativa nei confronti delle parti superstiti*"; SCOGNAMIGLIO, *Il contratto*, Milano, 1961, p. 213 ss., secondo cui si ha recesso " *quando una delle parti, esercitando il corrispondente potere, delibera - che deve dar notizia all'altra parte (negozio recettizio) - di porre fine al rapporto contrattuale*"; W. D'AVANZO, *Recesso (diritto civile)*, *Noviss. dig. it.* XVI, Torino, 1967, p. 1027, secondo cui il recesso " *è l'atto volontario con cui una parte, soggetto di un rapporto giuridico e per questo tenuta a determinati obblighi, dichiara di voler ritirarsi dal rapporto e liberarsi dai relativi obblighi con efficacia vincolante per l'altro soggetto del rapporto*"; P. SIRENA, *Effetti e vincolo in Trattato del contratto* diretto da ROPPO, III, *Effetti*, a cura di COSTANZA, Milano, 2006, p. 113 ss., secondo cui " *... il recesso può essere definito come l'atto mediante il quale una delle parti contraenti manifesta la volontà di sciogliere il contratto ...*".

¹³⁸ Di tale istituto manca una precisa definizione nel vigente codice civile, come già in quello del 1865. La legge si limita a parlare, nell'art. 1373 c.c., di recesso dal contratto come una facoltà pattuita dalle parti. La suddetta norma regola il cosiddetto recesso convenzionale. Si parla, invece, di recesso legale a tutti i contraenti o ad uno solo di essi. Dal momento che l'art. 1372 c.c. sancisce che il contratto è vincolante ed ha forza di legge tra le parti ed individua le ipotesi di scioglimento del contratto nella concorde volontà delle parti o nelle altre cause ammesse dalla legge, il potere di liberarsi unilateralmente dal vincolo contrattuale assume senza dubbio carattere eccezionale. Per altro verso, la possibilità di un recesso è anche espressione dell'ampio riconoscimento legislativo dell'autonomia contrattuale dei privati, concretantesi nella libertà di determinazione del regolamento contrattuale. E ciò in modo particolare nei rapporti di durata, in cui la facoltà di recesso è uno strumento per realizzare il principio della temporaneità dei vincoli obbligatori e per evitare che la

Una disciplina generale del recesso di fonte convenzionale è contenuta nell'art. 1373 c.c., che tuttavia non fornisce la definizione dell'istituto né la descrizione dei suoi effetti, limitandosi a prevedere che il recesso non può essere esercitato oltre il principio di esecuzione del contratto, mentre nei contratti ad esecuzione continuata o periodica può essere esercitato anche successivamente con la precisazione che in tale ultima ipotesi esso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione.¹³⁹

Significativa appare la collocazione sistematica dell'art. 1373 c.c., posto immediatamente dopo la disposizione che afferma in maniera solenne il principio della imperatività del contratto tra le parti, che induce a considerare come eccezionale il potere di sciogliersi unilateralmente dal contratto, creando una contrapposizione tra il principio proclamato nell'esordio dell'art. 1372 c.c. e la sfera di applicazione dell'istituto, che appare invero piuttosto ampia.¹⁴⁰

libertà individuale sia comprimibile *sine die*. Il codice civile muove da un principio di sfavore per i rapporti contrattuali perpetui.

¹³⁹ La risoluzione negoziale ha efficacia retroattiva tranne nell'ipotesi di contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero quando ha ad oggetto il conferimento di poteri. Se il contratto riconosce anche un diritto di recesso, gli effetti naturali dell'esercizio di tale diritto sono differenti a seconda che esso acceda o meno ad un contratto ad esecuzione continuata o periodica. Nell'ipotesi in cui il contratto sia ad esecuzione immediata “ *la facoltà di recesso può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione* ” (art. 1373, 2°co. c.c.). Secondo quanto disposto dall'art. 1373 c.c., il recesso non ha pertanto efficacia retroattiva e neppure ha effetto per le prestazioni delle quali sia già iniziata l'esecuzione. Sono questi gli effetti naturali del patto di recesso, essendo fatto salvo in ogni caso il patto contrario ex art. 1373 c.c., ultimo comma. Pertanto, le parti possono liberamente regolare la facoltà di recedere dal contratto a seconda degli scopi che si prefiggono. In tal modo possono restringerne la portata prevedendo che anche in presenza di un contratto ad esecuzione continuata o periodica la facoltà di recesso possa essere esercitata solo *re adhuc integra*, cioè finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione, ma possono anche allargarne l'ambito ammettendo che la facoltà di recesso possa essere esercitata anche in presenza di un contratto che non sia di durata, quando l'esecuzione sia già iniziata, o stabilendo, per un contratto ad esecuzione continuata o periodica, che il recesso abbia effetto pure per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione.

¹⁴⁰ Della eccezionalità dell'istituto taluni traggono ulteriore conferma dalla previsione contenuta nell'art. 1341 comma II c.c., secondo la quale è inefficace la clausola che stabilisca la facoltà di recedere dal contratto a favore di colui che abbia predisposto le condizioni generali se non approvata specificamente per iscritto, e dalla previsione di cui alla formulazione previgente dell'art. 1469 *bis* c.c., ora contenuta nell'art. 33 comma II lett. g) cod. cons. (d. lgs. 206/2005), secondo la quale nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista si presume vessatoria fino a prova contraria la clausola che riconosca “ *... al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto ...* ”. Al riguardo v. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto: efficacia del contratto e recesso unilaterale (artt. 1372-1373)*, in *Il codice civile*, commentario diretto da SCHLESINGHER, I, Milano, 1998, p. 319 ss. Il riconoscimento del diritto di recesso risponde allora alla “ *... idea che contrasti con la concezione del nostro sistema positivo un vincolo obbligatorio destinato a durare all'infinito, senza che sia consentita al debitore la possibilità di liberarsene ...* ” (Cass., 30.07.1984, n. 4530, in *Giust. civ.*, 1985, I, 2014). Si è anche affermato che “ *...non implica inadempimento imputabile e non è fonte di obblighi risarcitori la dichiarazione di un contraente di voler recedere dal contratto, adducendo fatti imputabili alla controparte, se questi vengano giudizialmente accertati e ritenuti fondati. Con riguardo ad un contratto di durata ... il comportamento di una parte, consistente nel dichiararsi sciolta dal vincolo negoziale e nel cessare l'esecuzione della propria prestazione, non è qualificabile come inadempimento colpevole, e non può di conseguenza essere posto a fondamento di una pretesa risarcitoria dell'altro contraente, qualora risulti giustificato da un pregresso inadempimento di detto altro contraente, sì che a quest'ultimo debba in effetti ascrivere la responsabilità della risoluzione del rapporto ...* ” (Cass., 14.02.1985, n. 6347, in *Giust. civ.*, 1986, I,

Della eccezionalità dell'istituto si trae ulteriore conferma dalla previsione contenuta nell'art. 1341 comma II c.c., secondo cui è inefficace la clausola che stabilisca la facoltà di recedere dal contratto a favore di colui che abbia predisposto le condizioni generali se non approvata specificamente per iscritto, e dalla previsione di cui alla formulazione previgente dell'art. 1469 *bis* c.c., ora contenuta nell'art. 33 comma II lett. g) cod. cons., secondo la quale nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista si presume vessatoria fino a prova contraria la clausola che riconosca "...*al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto...*"¹⁴¹.

Esistono diverse forme di recesso caratterizzate da altrettante specifiche funzioni, le quali peraltro non sempre vengono indicate dal legislatore con terminologia univoca¹⁴², riferendosi, ad esempio, il linguaggio legislativo all'istituto descritto, talora col nome di disdetta, talaltra con il nome di revoca o rinuncia o riscatto.¹⁴³

A fronte di tale apparente frammentarietà delle figure e disomogeneità lessicale, parte della dottrina ha operato una tripartizione delle funzioni del recesso, secondo la quale è possibile distinguere da una parte il recesso determinativo, che individua il termine finale nei rapporti di durata, dall'altra il recesso quale strumento di impugnazione per vizi originari o sopravvenuti, dall'altra ancora il recesso come diritto di pentirsi della regola già concordata. Il primo tipo è definito anche recesso ordinario, mentre il

1394). Nonostante, quindi, il contratto abbia forza vincolante per le parti, che sono tenute a rispettarlo allo stesso modo con cui sono tenute ad osservare la legge, è possibile porre nel nulla gli effetti di un contratto, oltre che con un nuovo atto di autonomia contrattuale diretto ad estinguere il già costituito rapporto contrattuale, anche, se previsto dalle parti o dalla legge, con un atto di recesso, che non richiede, in quanto atto unilaterale, l'accettazione dell'altra parte. Gli atti unilaterali, infatti, producono effetto dal momento in cui pervengono a conoscenza del destinatario (art. 1334 c.c.).

¹⁴¹ M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto: efficacia del contratto e recesso unilaterale* (artt. 1372-1373), *op. cit.*, p. 319 ss.

¹⁴² Secondo M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto: efficacia del contratto e recesso unilaterale* (artt. 1372-1373), *op. cit.*, p. 308 " ... Il recesso non è l'unico atto unilaterale che, nel linguaggio del codice civile e della legislazione speciale, determina lo scioglimento del contratto per cause ammesse dalla legge (art. 1372, I co., c.c.). In altre norme si impiegano termini diversi come: la revoca, le dimissioni, la rinuncia, il rifiuto, il riscatto, l'esclusione eventualmente sotto il profilo della decadenza, la disdetta (artt. 1596 e 1597 c.c.) o il ritiro (art. 2582 c.c., art. 142 l. 22.4.1941 n. 633)..."; si vedano anche: G. GABRIELLI, F. PADOVINI, *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1998, p. 27 ss.; F. PADOVINI, *Il recesso*, *op. cit.*, p. 1384; E. RAVERA, *Il recesso*, *op. cit.*, 2004, p. 9 ss.

¹⁴³ In particolare, costituiscono ipotesi di recesso legale la revoca da parte del mandante e la rinuncia da parte del mandatario (art. 1722 ss. c.c.), il licenziamento da parte del datore di lavoro e le dimissioni del prestatore di lavoro, la disdetta del locatore o del conduttore (artt. 1596-1597 c.c.), il riscatto della parte che si sia obbligata a corrispondere una rendita perpetua (art. 1865 c.c.), l'esclusione del socio (art. 2286 c.c.), l'annullamento del viaggio da parte dell'organizzatore (art. 86 lett. l) e art. 92 cod. cons.), la richiesta di restituzione da parte del depositante e la richiesta di ripresa della cosa da parte del depositario (art. 1771 c.c.). *Contra*, per la diversità della nozione di disdetta rispetto a quella di recesso, che deriverebbe dalla natura di atto ablativo del secondo, vedi: M. COSTANZA, *Revoca*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1998, p. 443 ss.

recesso di impugnazione e quello di pentimento sono definiti straordinari, poiché consentono di alterare il regolamento contrattuale.¹⁴⁴

In base alla fonte può distinguersi il recesso legale da quello convenzionale, disciplinato in via generale dall'art. 1373 c.c. In particolare, il recesso legale è previsto nella disciplina di molti contratti tipici con funzioni diverse.¹⁴⁵

Dal punto di vista concettuale il recesso convenzionale è assimilabile alla condizione risolutiva potestativa.¹⁴⁶

Qualora il recesso volontario sia insindacabile, la clausola che lo prevede si qualificherebbe come condizione risolutiva meramente potestativa, con la conseguenza che, all'inverso, la condizione risolutiva meramente potestativa non sarebbe invalida nei limiti in cui è ammissibile accordare alla parte il diritto di recedere dal contratto.¹⁴⁷

La tesi trova riscontro nella giurisprudenza, secondo la quale è valida la condizione risolutiva meramente potestativa, desumendosi tale principio *a contrario* dall'art. 1355 c.c., che commina la sanzione della nullità soltanto per la condizione meramente potestativa sospensiva,¹⁴⁸ condizione risolutiva che, ove prevista, “ ... in sostanza, conferirebbe ad una parte la facoltà di

¹⁴⁴ G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 13 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto: efficacia del contratto e recesso unilaterale*, op. cit., p. 338 ss.; F. PADOVINI, *Il recesso*, op. cit., p. 1384 ss.; G. DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994, p. 9. Taluno in base alle figure introdotte dalla legislazione più recente ha identificato ulteriori funzioni dell'istituto, consistenti da un lato nel consentire alla parte che abbia concluso un contratto a seguito di un approccio aggressivo di recedere *in limine* (recesso iniziale), dall'altro nella protezione della parte considerata più debole (recesso di protezione), dall'altro ancora nel consentire alla parte di sciogliersi dal vincolo di fronte ad una modificazione importante delle condizioni contrattuali (recesso per modificazione dei presupposti).

¹⁴⁵ In ordine al recesso legale, deve distinguersi, ulteriormente, tra recesso puro e semplice, quale mero atto di autonomia del singolo che non richiede alcuna giustificazione (ad es. art. 1569, in tema di somministrazione, art. 1671 c.c., in tema di appalto, art. 2227 c.c., in tema di contratto d'opera manuale, art. 2285 c.c., in tema di società di persone) ed il recesso per giusta causa o per giustificato motivo, che deve invece essere giustificato dal contraente che recede. Il recesso convenzionale, così come il recesso legale, può svolgere funzioni diverse, tra queste viene in evidenza quella di dare un termine ai rapporti di durata che ne siano privi; in secondo luogo, quella di dare la possibilità di impugnare il contratto per la presenza di vizi originari ovvero sopravvenuti. Altra funzione che può svolgere il recesso è quella di consentire di recedere *in limine* alla parte che ha stipulato il contratto subendo tecniche particolarmente aggressive (recesso iniziale). Del tutto analoga a questa è inoltre quella della possibilità di sciogliere il contratto data al contraente più debole, la cui libertà contrattuale il legislatore si preoccupa in tal modo di proteggere (recesso di protezione o diritto di pentimento). Il recesso può anche permettere alla parte di sciogliere unilateralmente il contratto se interviene una modificazione rilevante delle condizioni contrattuali (recesso per modificazione dei presupposti).

¹⁴⁶ P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, op. cit., p. 115 ss. Nel senso della sostanziale identità delle figure v. C. M. BIANCA, *Il contratto, Diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 549 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1958, p. 170 ss.

¹⁴⁷ C. M. BIANCA, *Il contratto, Diritto civile*, op. cit., p. 549 ss. Altra dottrina tende invece a distinguere singole ipotesi di validità della condizione risolutiva meramente potestativa, ovvero a qualificarla come una clausola attributiva del diritto di revoca o recesso. Si veda A. BELFIORE, *Condizioni potestative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, p. 613 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 1994, II, p. 147 ss.

¹⁴⁸ Cass. Sez. III, n. 2504/1974 in *Foro it.*, 1974, p. 3022; Cass. Sez. II, n. 812/1992, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, p. 128, con nota di CORSO, *Recesso e riscatto. Il caso dei negozi traslativi*; Cass. Sez. II n. 9840/1999 in *Giur. it.*, 2000, 6, p. 1161, con nota di BAGLIONI.

recesso unilaterale, di cui all'art. 1373 c.c....” ovvero “ ... costituirebbe un (anticipato) mutuo consenso (art. 1372 c.c.) allo scioglimento del contratto, rimesso, per la sua concreta operatività, alla discrezionale iniziativa di una delle parti ... ”,¹⁴⁹ sostanzialmente dando luogo ad un diritto di opzione per la conclusione di un contratto di mutuo dissenso.

Qualora il recesso sia discrezionale, ossia subordinato a determinati presupposti di fatto, si qualificherebbe come condizione risolutiva semplice.

La stessa dottrina precisa che qualora la condizione risolutiva non sia potestativa, essa si traduce comunque in un diritto unilaterale, ossia prevista nell'esclusivo interesse di una delle parti contraenti, la quale, al verificarsi dell'evento futuro ed incerto, possa decidere se avvalersene o meno. Non vi sarebbe coincidenza necessaria fra i due istituti, perché la condizione risolutiva unilaterale può essere automatica, ossia prevedere che all'avverarsi dell'evento futuro ed incerto il contratto si sciogla senz'altro, fatta salva una diversa manifestazione di volontà della parte interessata, diversamente dal recesso, che presuppone sempre una manifestazione di volontà ad opera della parte che decida di avvalersene.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Cass. Sez. II, n. 9840/1999, cit.

¹⁵⁰ P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, op. cit., p. 115 ss.; G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, op. cit., p. 107 ss. Secondo altra opinione, il recesso e la condizione risolutiva si distinguono dal punto di vista dell'efficacia, nel senso che il primo opera solo dal giorno del suo compimento, la seconda retroattivamente. Vedi al riguardo: A.C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, p. 318 ss.; in giurisprudenza Cass. Sez. III, n. 2504/1974 in *Foro it.*, 1974, p. 3026.

b) Segue. Recesso e revoca

Secondo una classificazione il recesso apparterebbe, unitamente alla revoca e al mutuo dissenso, all'ampia categoria dei negozi eliminativi.¹⁵¹

Pur non essendo tale denominazione condivisa unanimemente dalla dottrina, si pone il problema della delimitazione della figura del recesso rispetto alla revoca e al mutuo dissenso.¹⁵²

La differenza tra il recesso e il mutuo dissenso si coglie facilmente, almeno sotto il profilo strutturale, ove si consideri che il mutuo dissenso è negozio bilaterale (o plurilaterale) che richiede un nuovo incontro di interessi, mentre il recesso è negozio unilaterale.¹⁵³

La revoca può definirsi quale negozio unilaterale con cui un soggetto contraddice una propria precedente dichiarazione di contenuto negoziale. A seguito della revoca l'ordinamento nega rilevanza alla dichiarazione impedendo che essa produca (o concorra a produrre) effetti giuridici.¹⁵⁴

Il codice civile non contiene una definizione generale della revoca, derivandone che, ove possibile, la nozione unitaria dell'istituto deve essere ricostruita sulla base delle diverse norme che lo disciplinano.¹⁵⁵

¹⁵¹ G.G. GENTILE, *Revoca degli atti: 1) Profili generali: dir. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, *ad vocem*.

¹⁵² A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. 248.

¹⁵³ C. M. BIANCA, *Il contratto. Diritto civile*, III, Milano, 1987, p. 698 ss., secondo il quale revoca e recesso appartengono alla più ampia categoria della risoluzione negoziale unilaterale, con cui si intende l'estinzione del contratto per atto di autonomia negoziale. Quanto alle differenze tra i due istituti: "... tendenzialmente il termine revoca indica l'atto negoziale estintivo di negozi unilaterali (es. la procura) o di contratti stipulati nell'interesse preminente della parte revocante (es. il mandato). Il recesso è invece il termine usato per indicare l'atto negoziale estintivo dei contratti in genere (art. 1373 c.c.)...". La dottrina propende per una distinzione più rigorosa, che vede nell'oggetto della revoca l'atto giuridico e nell'oggetto del recesso il rapporto. La revoca opera quindi retroattivamente. A seguito della revoca l'atto non è più idoneo a produrre effetti giuridici, e quelli già prodotti si estinguono. Il recesso, invece, in quanto incide direttamente sul rapporto potrebbe avere efficacia non retroattiva.

¹⁵⁴ Sulla revoca in diritto privato si richiamano, tra gli altri: M. ALLARA, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1951, p. 220 ss.; R. CORRADO, *Recesso, revoca, disdetta (chiarimenti sistematici)*, in *Dir. ed econ.*, 1956, p. 577; M. TALAMANCA, *Osservazioni sulla struttura del negozio di revoca*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 150 ss.; L. FERRI, *Revoca (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, I, Milano, 1989, p. 197 ss.; S. ROMANO, *Revoca (diritto privato)*, in *Nov. dig. it.*, XV, 1968, p. 809 ss., secondo cui la revoca è " espressione del potere di ritrattazione facoltativa di un atto giuridico (privato), compiuta o provocata dall'autore dell'atto stesso, o da chi è autorizzato a sostituirsi a lui o a subentrargli, con l'effetto di impedire il sorgere di una nuova situazione giuridica o di ripristinare quella preesistente...".

¹⁵⁵ Costituiscono ipotesi legislative di revoca, tra le altre: la revoca del negozio di fondazione (art. 16 c.c.), la revoca del consenso all'adozione dei maggiori di età (art. 298 c.c.), la revoca della rinuncia all'eredità (art. 525 c.c.), la revoca delle disposizioni testamentarie, la revoca della dichiarazione del donante o del donatario nel contratto di donazione (art. 782, co. III, c.c.), la revoca della donazione (artt. 800 ss.c.c.), la revoca dell'amministratore di condominio (art. 1129, co. II c.c.), la revoca dell'atto di scelta nelle obbligazioni alternative, la revoca della delegazione (art. 1270 c.c.), la revoca della stipulazione a favore del creditore nell'accollo, la revoca della proposta e dell'accettazione, la revoca della stipulazione a favore di terzo, la revoca della procura, del mandato, della confessione.

Una dottrina indica la distinzione tra revoca e recesso nel fatto che la revoca inciderebbe sull'atto o sulla fattispecie, mentre il recesso sugli effetti dell'atto e della fattispecie.¹⁵⁶

E' stato evidenziato come, fondamentalmente, la differenza tra i due istituti, è nel modo con cui opera la volontà;¹⁵⁷ proprio con riferimento all'elemento volitivo e dunque alla parte che esercita la revoca, è stato affermato che essa deve provenire necessariamente dall'autore dell'atto revocando, in quanto esercizio di un potere di ritrattazione o *ius poenitendi*, cosa quest'ultima che non si può dire del recesso che proviene non dalle parti che hanno posto in essere il contratto, ma da una sola di esse.¹⁵⁸

La revoca, pertanto, presenta tutti i caratteri del negozio giuridico, anche quando investa atti improduttivi di per sé di effetti negoziali, quali la proposta e l'accettazione. I numerosi richiami del legislatore sembrano farne, pur in mancanza di una disciplina organica, un negozio tipico.¹⁵⁹

Secondo una dottrina, mentre la revoca muove da un impulso penitenziale, che porta l'autore dell'atto a non volere ciò che volle (con effetti più o meno ampi a seconda della natura dell'atto revocato e del momento in cui la revoca interviene), tale impulso penitenziale non si incontra nel recesso, alla cui base sembra porsi piuttosto una nuova e diversa valutazione del proprio interesse da parte del recedente, o in ragione del mutamento delle iniziali circostanze (artt. 1464, 2119 c.c.), o per l'esatta rappresentazione di essa (artt. 1537, 1538 c.c.), o per il grado di

¹⁵⁶ G. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. I – Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Milano, 1962, p. 123 ss. Al riguardo a tale distinzione, è stato osservato che “...revocare l'atto o eliminare gli effetti dell'atto è, in sostanza, la stessa cosa. A ben vedere, la revoca, così come il recesso, incidono sempre sulle conseguenze giuridiche dell'atto, non sull'atto in sé considerato, che, come accadimento storico, non può essere cancellato. E' facile richiamare il detto latino *quod factum infectum fieri nequit*”. Si veda L. FERRI, *Revoca (diritto privato)*, op. cit., p. 198 ss.

¹⁵⁷ La revoca trae il suo titolo solo dalla volontà della parte che *se poenitet*. Né costituiscono eccezioni a questa regola quelle modificazioni di rapporti giuridici che la legge denomina revoca, come ad es. la revoca, di diritto, delle disposizioni testamentarie (art. 687 c.c.) e la revoca, su domanda, delle donazioni (art. 799 c.c.), entrambe per sopravvenienza di figli al testatore ed al donatore. La revoca agisce su di un volere che, pur determinante per la costituzione del rapporto giuridico, questo rapporto, però, non ha ancora fatto sorgere. Il recesso, all'opposto, richiede un rapporto già costituito. Si veda: W. D'AVANZO, *Recesso (diritto civile)*, in *Enc. dir., op. cit.*, p. 1028 ss. Secondo un primo orientamento la distinzione tra revoca e recesso risiederebbe nel fatto che l'oggetto della revoca è costituito dall'atto giuridico mentre quello del recesso dal rapporto sottostante. Si è poi affermato che la revoca riguarderebbe i negozi giuridici unilaterali (es. procura) o i contratti stipulati nell'interesse prevalente della parte revocante (es. mandato), mentre il recesso atterrebbe, in generale, all'ambito dei contratti. Altro elemento differenziatore consisterebbe nel fatto che la revoca opererebbe retroattivamente, rendendo privo di efficacia fin dall'inizio l'atto giuridico. Con la revoca l'atto non sarebbe quindi più idoneo a produrre effetti giuridici e quelli già prodotti si estinguerebbero. Il recesso potrebbe invece avere efficacia non retroattiva e ciò poiché esso andrebbe ad incidere direttamente sul rapporto. Al riguardo si veda: C. M. BIANCA, *Il contratto*, op. cit., p. 734 ss.

¹⁵⁸ L'altra parte subisce le conseguenze del recesso. La volontà di colui che recede, pertanto, non opera solo su una sua precedente volizione, ma incide, abrogandola, anche sulla volizione dell'altra parte, che al recesso non partecipa e che ha tuttavia concorso a formare il contratto.

¹⁵⁹ G. G. GENTILE, *Revoca degli atti : 1) Profili generali: dir. civ., op. cit.*, p. 150 ss.; T. ALIBRANDI, *Sulla forma della revoca di diritto privato*, in *Foro it.*, 1996, p. 1972 ss.

esecuzione già raggiunto dal negozio, o semplicemente per il tempo trascorso (artt. 1569, 2118 c.c.), o per altre circostanze.

In altri termini, mentre la revoca sarebbe espressione del mero *ius poenitendi*, il recesso sarebbe legato ad una rivalutazione dell'interesse al negozio, ponendosi dunque come specifico strumento di autotutela in mano al soggetto in cui favore è previsto.¹⁶⁰

In altre ipotesi lo stesso legislatore fa riferimento al termine recesso come comprensivo della revoca. E' il caso del previgente art. 4 L. 50/1992, ora confluito nell'art. 64 cod. cons., ove il termine recesso è utilizzato sia con riferimento ai contratti, che in relazione alle proposte contrattuali, dovendo invece ritenere che si tratti, a seconda dei casi, rispettivamente di recesso o di revoca.¹⁶¹

Tale fenomeno è evidente nelle ipotesi di revoca della proposta e dell'accettazione, ed in generale in tutte le fattispecie di revoca degli atti unilaterali prodromici alla costituzione di un rapporto giuridico. Se è vero che il proponente con la sua dichiarazione inizia il processo di formazione del consenso, prima della conclusione del contratto non si determinano situazioni direttamente e immediatamente significative per l'ordinamento giuridico.¹⁶²

Pertanto, pur presentando le due figure esaminate numerosi caratteri comuni, e pur nella varietà delle ipotesi previste dalla legge, le stesse conservano un fondamentale tratto distintivo, dato dalla circostanza che, mentre con il recesso la parte pone fine ad un rapporto giuridico bilaterale o

¹⁶⁰ Altri autori hanno ritenuto che il criterio discriminante tra le due figure sia identificabile nel fatto che la revoca incide sull'atto o sulla fattispecie, mentre il recesso incide sugli effetti dell'atto o della fattispecie, e può intervenire solo *re adhuc integra*, cioè riguardo ad atti che non abbiano ancora esplicato i loro effetti. Così G. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. I – Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, op. cit., p. 123 ss.; F. MACIOCE, *Rinuncia*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1998, p. 948 ss.; S. ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, op. cit., p. 302 ss. Il recesso sarebbe dunque caratterizzato da una efficacia ulteriore rispetto alla revoca, determinando, in uno con la caduta della propria decisione, anche quella della decisione altrui. Da tanto può evincersi, secondo la richiamata dottrina, che l'idea del pentimento, insita nella revoca, sia propria anche del recesso, nel quale tuttavia sarebbe affiancata da un ulteriore aspetto, costituito dalla eliminazione degli effetti della manifestazione di volontà altrui. In ogni caso, non può omettersi di rilevare come in talune ipotesi il legislatore qualifichi espressamente come revoca fattispecie aventi natura giuridica differente. Ciò accade, ad esempio, nel mandato, con riferimento alla revoca da parte del mandante (art. 1722 e ss. c.c.), fattispecie nella quale l'utilizzo del termine revoca, che designa in realtà un vero e proprio recesso da parte del mandante, dipende dal fatto che l'interruzione del rapporto si realizza poiché è venuto meno il rapporto di fiducia esistente tra mandante e mandatario. Si veda M. COSTANZA, *Revoca*, in *Dig. Disc. priv., sez. civ., op. cit.*, p. 443 ss.

¹⁶¹ Dal punto di vista degli effetti, la revoca è retroattiva, nel senso che elimina tutte le conseguenze che l'atto revocato potrebbe realizzare. In realtà la retroattività della revoca vale solo per gli atti che non hanno ancora realizzato concretamente le proprie conseguenze sul piano giuridico, dei quali la revoca impedisce che si compiano gli effetti, o almeno gli effetti finali, la cui attuazione, peraltro, segna in genere il momento ultimo per l'esercizio della relativa facoltà.

¹⁶² In tal caso la revoca della proposta viene a mutare una situazione che non ha ancora realizzato conseguenze sul piano giuridico, o comunque conseguenze alle quali l'ordinamento colleghi effetti giuridici irrevocabili, derivandone che la retroattività nel caso di specie sarebbe del tutto superflua, non essendovi la necessità di ricostituire una precedente situazione.

plurilaterale, la revoca è rivolta a neutralizzare gli effetti di un atto giuridico.¹⁶³

¹⁶³ E' opportuno fare cenno alla distinzione tra il recesso ed altri istituti affini, quali il riscatto, la rinuncia, il rifiuto. Con riguardo al primo, mentre deve evidenziarsi che talvolta il termine riscatto è usato dal legislatore per indicare il recesso (art. 1865 c.c. e, secondo una tesi, artt. 1500 e ss. c.c.), va osservato che in genere col termine riscatto si designa il diritto del soggetto beneficiario di una prelazione legale di acquistare il bene che ne è oggetto anche dal terzo che gli sia stato preferito, al medesimo prezzo per il quale è stato acquistato. Nel senso della configurazione del patto di riscatto come attributivo di un diritto di recesso v. C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino, 1993, p. 569 ss.; C. G. TRABUCCHI, *Commentario breve del codice civile*, Padova, 1984; A LUMINOSO, *La vendita con riscatto (artt. 1500 – 1509)*, *op. cit.*, p. 130 ss, al quale si rinvia anche per la complessiva disamina delle diverse ricostruzioni in ordine alla natura giuridica del patto di riscatto nella vendita. Quanto alla rinuncia, se da un lato essa, come il recesso, ha la funzione di determinare la cessazione di una situazione giuridicamente rilevante, dall'altro, diversamente dal recesso, si riferisce soltanto al lato attivo del rapporto, e cioè alla posizione del rinunciante titolare di una situazione soggettiva di potere, laddove il recesso comporta il venir meno di tutto il complesso delle situazioni, sia attive che passive, che al rapporto stesso si ricollegano. Il negozio di recesso dunque, quale mezzo di liberazione unilaterale dal rapporto, se produce effetti nella sfera del soggetto che lo compie, è altresì destinato ad incidere nella sfera giuridica del destinatario, mentre la rinuncia produce solo conseguenze indirette e riflesse nei confronti dei terzi. Diversamente dalla rinuncia e dal recesso, il rifiuto costituisce atto di esercizio negativo del potere spettante al soggetto di perfezionare con la propria manifestazione di volontà unilaterale l'acquisto di un diritto (legato, donazione, contratti unilaterali), l'assunzione di una situazione giuridica complessa (eredità e contratti bilaterali), l'assunzione di un'obbligazione (accettazione del trattario ex art. 51 l. camb.) o la liberazione da un'obbligazione (remissione del debito), connotandosi come attinente ad un procedimento acquisitivo, mentre la rinuncia si specifica come atto abdicativo di un diritto in precedenza acquisito al patrimonio del soggetto.

2.2 Funzione del recesso:

a) Funzione determinativa nei contratti di durata senza termine finale. Il preavviso

Una prima funzione del recesso è quella di individuare il termine finale nei contratti di durata che ne siano privi. Si tratta di una funzione connessa all'esigenza di evitare la perpetuità dei vincoli obbligatori, ovvero di integrare il contenuto del contratto con la previsione di un termine finale laddove questo non sia stabilito.¹⁶⁴

Secondo alcuni nella funzione determinativa non rientra quella di rendere determinato l'oggetto della prestazione dedotta in contratto, considerato che, specie per i contratti di durata, l'interesse contrattuale non è predeterminato al raggiungimento di uno scopo finale preciso ma è solo funzionale al conseguimento delle diverse attività solutorie del debitore.¹⁶⁵

La mancanza del termine finale sarebbe dunque giustificata poiché non è prevedibile fino a quando si rinnovi l'interesse alla soddisfazione del bisogno a cui è finalizzata l'attività dell'altra parte, senza che ciò costituisca elemento necessario alla validità o all'efficacia del contratto.¹⁶⁶

La funzione determinativa è propria sia del recesso legale che di quello convenzionale.

Numerose sono le ipotesi di recesso determinativo di natura legale, cosicché può dedursene il principio generale per cui anche al di fuori di

¹⁶⁴ DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti*, op. cit., p. 315 ss.; G. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. I – Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, op. cit., p. 236 ss.; E. RUSSO, *Il termine del negozio giuridico*, Milano, 1973, p. 143 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto: efficacia del contratto e recesso unilaterale (artt. 1372-1373)*, op. cit., p. 324 ss.; Cass. Civ. 30.07.1984, n. 4530, in *Giust. civ.*, 1985, 7, I, p. 2014; G. GABRIELLI, F. PADOVINI, *Recesso*, op. cit., secondo cui “ l'attribuzione del potere di recedere in mancanza di termine finale non corrisponde ad una valutazione negativa del vincolo da parte dell'ordinamento”. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, op. cit., p. 14.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto: efficacia del contratto e recesso unilaterale (artt. 1372-1373)*, op. cit., p. 339 ss. F. CARRESI, *Il contratto*, op. cit., p. 845 ss., secondo cui “... non si configurerà come recesso, anche se tale lo configura la legge, l'atto con cui una parte manifesta la volontà di sciogliersi da un contratto di cui non sia stata determinata la durata, oppure di cui sia stata determinata la durata ma al tempo stesso nesia previsto, in mancanza appunto della contraria volontà anche di una sola delle parti, la rinnovazione per un uguale periodo di tempo. Infatti nell'un caso ... ciò che rileva non è la volontà della parte di estinguere il contratto, ma solo quella di determinarne la durata...: nell'altro caso ... rileva solo il fatto che la parte si opponga alla proroga, onde l'atto con cui essa manifesta questa sua volontà, atto propriamente chiamato atto di disdetta, si presenta come meramente dotato di efficacia impeditiva, l'estinzione del contratto avvenendo allora per lo scadere del termine che era già stato stabilito dalle parti o, in mancanza di una loro determinazione, dalla legge...”.

¹⁶⁵ M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto: efficacia del contratto e recesso unilaterale (artt. 1372-1373)*, op. cit., p. 340; D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, op. cit., p. 120, secondo cui “... nei contratti di durata la determinabilità della prestazione non è in funzione della possibilità di indicare un termine finale, ma della persistenza dell'interesse di almeno una parte a ricevere la prestazione continuativa...”.

¹⁶⁶ Altra dottrina ha osservato che la ragione giustificativa del recesso con funzione determinativa è costituita dall'esigenza di conservare il contratto nonostante l'indeterminabilità del suo oggetto, il quale non è stato definito dalle parti contraenti in uno dei suoi elementi essenziali, ossia la durata. Si veda P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, op. cit., p. 117 ss.

previsioni espresse le parti hanno facoltà di recedere da qualsiasi contratto di durata a tempo indeterminato, previo congruo preavviso.¹⁶⁷

La giustificazione del preavviso viene ravvisata nella tutela dell'altro contraente, in quanto con tale termine la controparte può provvedere a risolvere in altro modo il bisogno a fronte del quale aveva stipulato il contratto.¹⁶⁸

Il recesso determinativo può essere oggetto di pattuizione anche se previsto dalla legge, potendosi così sottrarre la disciplina del patto ad eventuali modifiche legislative, ma anche modificare la regola legale, introducendo un termine di preavviso.

Secondo alcuni, stante quanto si è detto circa l'applicabilità generalizzata del recesso con funzione determinativa nei contratti di durata senza termine finale, se non è stabilito diversamente, le norme che attribuiscono il diritto di recesso con funzione determinativa sono derogabili dalle parti contraenti, le quali possono rinunciare al recesso previsto a loro favore, non aparendo sussistente un divieto di stipulare contratti perpetui al

¹⁶⁷ Si richiamano, tra le altre, le previsioni in tema di somministrazione (art. 1569 c.c.), locazione (art. 1596 co. II c.c.), affitto (art. 1616 c.c.), agenzia (art. 1750, II co.), deposito (art. 1771co. I c.c.), comodato (art. 1810 c.c.), conto corrente (art. 1833 c.c.), deposito bancario (art. 1834 c.c.), lavoro subordinato (art. 2118 c.c.).

¹⁶⁸ G. GABRIELLI, F. PADOVINI, *Recesso*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1989, p. 31.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto: efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Il codice civile, commentario* a cura di SCHLESINGER, I, Milano, 1998, p. 368 ss. In dottrina si è poi discusso se nei contratti di durata la previsione del preavviso costituisca un fatto eccezionale oppure si ponga come fatto ordinario ed in correlazione necessaria con il recesso. Gli autori che attribuiscono al recesso funzione determinativa affermano che la previsione del preavviso non costituisce fatto eccezionale ma ordinario, in quanto attraverso il preavviso si differiscono gli effetti del recesso. Al riguardo si veda: G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, *op. cit.*, p. 30 ss.; W. D'AVANZO, *Recesso*, in *Nov. Dig. it., op. cit.*, p. 1036 ss. Può accadere ad esempio che la legge preveda un termine massimo di durata solo nel silenzio delle parti, come nell'ipotesi prevista dall'art. 1574 c.c. in tema di locazione, ovvero che la legge in mancanza di un termine finale consenta ad una delle parti di adire il Giudice per la sua fissazione, come nell'ipotesi di cui all'art. 1817 c.c. in tema di mutuo, che costituisca applicazione della regola più generale prevista in materia di obbligazioni dall'art. 1183 c.c., ovvero che attribuisca direttamente alle parti di un determinato rapporto la facoltà di recedere, nel qual caso le parti potranno convenzionalmente regolare l'esercizio del recesso, ad esempio limitandolo, con la previsione di un preavviso o di un termine minimo di durata del contratto, ma non potranno escluderlo, in particolare se in tal modo venga impedito l'esercizio di diritti indisponibili. In materia di recesso dalle associazioni, si veda Cass. Civ. sez. I, n. 5476/1998 in *Giur. it.*, 1999, I, 1, p. 488 ss., secondo la quale: "... ove un'associazione persegua finalità connesse al pensiero ed alle ideologie, il differimento della facoltà di recesso può tradursi in una menomazione o compressione della libertà di cui all'art. 21 Cost., comportando il dovere dell'associato di uniformarsi ad idee ed iniziative non più condivise. Quando, invece, l'associazione abbia compiti e fini esclusivamente economici, la menzionata evenienza deve essere in radice negata, rientrando nell'autonomia contrattuale dei partecipanti la fissazione della durata di diritti ed obblighi disponibili, in armonia con la causa negoziale...". Per altro verso, qualora sia prevista una durata minima del contratto nell'interesse esclusivo di una delle parti, come ad esempio nella locazione di immobili urbani o nell'affitto di fondi rustici, non può essere considerata valida l'apposizione di una clausola di recesso che consenta all'altra parte di risolvere il contratto anticipatamente rispetto al termine minimo legale. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, *op. cit.*, p. 107 ss.

di fuori delle ipotesi in cui lo stesso legislatore impone la durata massima di alcuni rapporti contrattuali.¹⁶⁹

Caratteristica comune a molte ipotesi di recesso determinativo è la previsione di un termine di preavviso, a cui consegue che la parte interessata può esercitare il suo diritto sempre che sia rispettato un certo termine, se è stabilita una scadenza naturale al rapporto, oppure che l'effetto dello scioglimento non si produrrà prima di una certa data o di un certo tempo.¹⁷⁰

In tal modo si consente alla parte che subisce le conseguenze dell'esercizio del diritto di recesso di trovare soluzioni alternative capaci di soddisfare il bisogno che il rapporto ormai esaurito era in grado di colmare.¹⁷¹

Nei contratti con prestazioni continuative l'indicazione di un periodo di preavviso è la regola.¹⁷² Tuttavia è in facoltà delle parti derogare alla previsione del termine di preavviso, salva l'esistenza di norme imperative che ne escludano la soppressione, come nel caso del recesso del datore di lavoro e del recesso del locatore.

Le ipotesi di contratti a prestazioni continuative in cui non è previsto alcun preavviso sono contraddistinte dal carattere della gratuità.

Si discute sulla efficacia reale od obbligatoria del preavviso. L'opinione prevalente propende per la tesi dell'efficacia reale, avuto riguardo alla funzione propria dello strumento in esame, ma in giurisprudenza si registrano opinioni diverse, che vedono da un lato la prevalenza della tesi della efficacia reale, ad esempio in materia di locazione, dall'altro l'orientamento della giurisprudenza lavoristica che afferma l'efficacia meramente obbligatoria del preavviso di licenziamento.¹⁷³

¹⁶⁹ P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, op. cit., p. 117 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004, II, 1, p. 543 ss., secondo cui il contratto perpetuo è nullo, pur potendo eventualmente convertirsi in un contratto a tempo indeterminato con facoltà di recesso delle parti (art. 1424 c.c.).

¹⁷⁰ Ciò avviene, in particolare, nelle ipotesi di contratti con scadenze periodiche come la locazione secondo la disciplina di cui alla L. 392/1978 e alla L. 431/1998.

¹⁷¹ S. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, op. cit. p. 127 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto: efficacia del contratto e recesso unilaterale (artt. 1372-1373)*, op. cit., p. 368 ss., che trova conferma della *ratio* esposta nelle previsioni degli artt. 1727 comma II c.c. e 1898 comma III c.c.

¹⁷² Si vedano artt. 1569, 1616, 1725 co. II, 1727 co. I, 1750 co. III, 1833, 1855, 1899, 2118, 2285 c.c. Nel senso della eccezionalità delle norme da cui non risulta l'imposizione del preavviso al recedente.

¹⁷³ Secondo alcuni appartengono al primo gruppo, ad esempio, le ipotesi di revoca compiuta dal mandante (art. 1725 co. II c.c.) o di rinuncia da parte del mandatario (art. 1727 co. I c.c.) nel mandato a tempo indeterminato, mentre appartengono al secondo gruppo i restanti casi in cui il legislatore non ha espressamente previsto le conseguenze del mancato rispetto del termine di preavviso, pur avendolo espressamente indicato. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto: efficacia del contratto e recesso unilaterale (artt. 1372-1373)*, op. cit., p. 370 ss. Altra dottrina ha affermato che l'omesso preavviso del mandato determina il sorgere di una mera obbligazione risarcitoria, mentre lo stesso costituirebbe elemento indefettibile per l'esercizio del potere di recedere nell'apertura di credito, per la quale la concessione del preavviso è configurata come elemento sostitutivo della stessa fattispecie di recesso (art. 1845 co. III c.c.). Al riguardo, F. PADOVINI, *Il recesso*, op. cit., p. 1386 ss.; G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, op. cit., p. 33 ss.

Nei contratti in cui il recesso deve essere comunicato a cadenze periodiche, come la locazione o il conto corrente, l'osservanza del preavviso costituisce adempimento di un onere al quale segue la realizzazione dell'effetto, sicché l'inosservanza del termine comporta l'impossibilità di avvalersi dell'effetto alla scadenza prefissata, e il recesso intempestivo potrà valere per la scadenza successiva.¹⁷⁴

Pertanto, la dichiarazione di recesso non sarebbe immediatamente efficace nemmeno quando il suo autore fosse disposto, in alternativa, ad un integrale risarcimento del danno, poiché l'altra parte potrebbe sempre pretendere, se possibile, l'esecuzione coattiva in forma specifica della prestazione dovuta sino al termine del periodo di differimento.

¹⁷⁴ M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto: efficacia del contratto e recesso unilaterale* (artt. 1372-1373), *op. cit.*, p. 370 ss. Per il resto, la maggior parte delle disposizioni reca una formulazione equivoca, che legittima in astratto tanto il riferimento ad un mero obbligo che a quello di un elemento della fattispecie. In proposito è stato affermato che anche con riguardo alle espressioni in sé ambigue deve utilizzarsi quale parametro interpretativo il disposto di cui all'art. 1845 co. III c.c., dove è chiaro che il riferimento al preavviso non è impiegato nel senso di termine di differimento, ma in quello ben diverso di dichiarazione attraverso cui si esercita il potere di recesso dai contratti di durata.

b) Segue. Funzione di impugnazione del contratto. Il recesso quale rimedio alle sopravvenienze

In alcuni casi il recesso consente ad una o ad entrambe le parti di liberarsi dal vincolo contrattuale per la presenza di vizi originari o per circostanze sopravvenute rispetto alla formazione del contratto, analogamente all'annullamento o alla risoluzione.¹⁷⁵

A volte la legge rimette al libero apprezzamento del giudice lo stabilire se il fatto allegato dalla parte costituisca o meno giusta causa di recesso. Ciò accade, oltre che nelle ipotesi previste in relazione a singole figure contrattuali¹⁷⁶, nell'ipotesi generale di cui all'art. 1464 c.c., che demanda in ultima analisi al giudice, adito al fine di accertare la legittimità dell'intervenuto recesso,¹⁷⁷ la valutazione dell'esistenza di un apprezzabile interesse del creditore all'adempimento parziale, valutazione da effettuarsi anche sulla base del parametro dettato dall'art. 1455 c.c.

Tra i fatti diversi dall'inadempimento possono distinguersi : ipotesi che si riflettono sui soggetti del contratto ed ipotesi che si riflettono sul suo oggetto.

Rientrano nella prima categoria la successione, nel contratto, di un nuovo soggetto all'altra parte, sia a causa di morte che per atto tra vivi in conseguenza del trasferimento del bene che ne forma oggetto, determinati impedimenti di natura fisica in conseguenza dei quali la parte viene a trovarsi nell'impossibilità o in grave difficoltà di prestare i propri servizi, ovvero di fruire dei servizi che l'altra parte è obbligata a prestargli, nonché

¹⁷⁵ Le ipotesi del primo tipo hanno rilevanza marginale. Nell'ambito di esse si annoverano ad esempio la facoltà concessa all'assicuratore di recedere dal contratto in presenza di dichiarazioni inesatte o reticenti dell'assicurato a norma dell'art. 1893 c.c. e le figure di recesso previste dagli artt. 1537 co. II e 1538 co. II c.c. in materia di vendita immobiliare a misura e a corpo, che consentono al compratore di recedere rispettivamente qualora l'eccedenza del prezzo oltrepassi la ventesima parte della misura dell'immobile indicata in contratto e qualora il compratore stesso debba corrispondere un supplemento di prezzo. Più frequenti sono le ipotesi in cui alle parti è attribuito il recesso con funzione risolutoria. In detti casi l'individuazione del presupposto legittimante l'esercizio del diritto di recesso è effettuata in forma espressa, ovvero con l'impiego di locuzioni come "giusta causa" o "gravi motivi", idonee a ricomprendere così l'inadempimento come fatti diversi da esso.

¹⁷⁶ Ciò avviene, per limitarsi alla disciplina codicistica, nei casi disciplinati dagli artt. 2237 co. II c.c. (contratto d'opera), 2259-2319 c.c. (revoca dell'amministratore di una società che è stato nominato col contratto; per la revoca dell'amministratore nominato successivamente valgono le regole del mandato), 2285 co. II c.c. (recesso del socio), 2383 co. III (revoca dell'amministratore della società per azioni), 2400 co. II c.c. (revoca dei sindaci), nel caso del recesso dal contratto di lavoro da parte del datore di lavoro, nella revoca del mandato quando vi sia una pluralità di mandanti che non si trovino d'accordo sull'effettuare la revoca (art. 1726 c.c.), nella revoca del mandato conferito anche nell'interesse del mandatario o di terzi (art. 1723 co. II c.c.), nella revoca del sequestrario quando non sia fatta d'accordo fra i sequestranti (1801 c.c.).

¹⁷⁷ Nel senso dell'immediata efficacia del recesso secondo la lettera dell'art. 1464 c.c., senza necessità di pronunce giudiziali di tipo costitutivo. Si veda G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, op. cit., p. 45 ss.

ogni ulteriore circostanza per effetto della quale la parte venga a trovarsi nella necessità di fruire del bene concesso ad altri in godimento.¹⁷⁸

Rientrano nella seconda categoria la sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione quando la parte non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale (art. 1464 c.c.), la sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione, ed ogni altra circostanza che determini un mutamento della situazione preesistente tale da far apparire giustificato l'interesse della parte a recedere dal contratto secondo la valutazione fattane dal legislatore.¹⁷⁹

Rientra tra i recessi di impugnazione quello previsto dall'art. 1385 comma II c.c. a favore della parte che abbia ricevuto la caparra confirmatoria, quando l'altra parte è inadempiente.¹⁸⁰

E' possibile che si verifichi, almeno in apparenza, una sovrapposizione tra la risoluzione di diritto e il recesso quale rimedio avverso l'inadempimento altrui.

Il rimedio è suscettibile di assetti normativi variabili, ad esempio quanto ai presupposti, alle conseguenze ovvero al diverso combinarsi con i meccanismi della trasparenza contrattuale, senza che ciò valga ad alterarne l'identità e la natura.

Sul piano sistematico sembra quasi paradossale che in presenza delle discipline consolidate e organiche, per un verso, si cerchi ancora il conforto di singole figure o di determinati congegni giuridici tradizionali che, già

¹⁷⁸ Artt. 1674 c.c. (appalto), 1811 c.c. (comodato), 2158 co. II c.c. (mezzadria), artt. 1263 co. I c.c. (cessione del credito garantito da pegno), 1603 c.c. (alienazione della cosa locata), 1918 c.c. (alienazione della cosa assicurata).

¹⁷⁹ G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, op. cit., p. 44, il quale in tema di recesso in dipendenza della eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto ritiene che la controparte blocchi l'iniziativa del recedente mediante l'offerta di riconduzione ad equità del contratto, in applicazione analogica del disposto dell'art. 1467 ultimo comma c.c. In talune ipotesi è poi prevista la possibilità di recedere dal contratto in seguito alla modifica oggettiva provocata unilateralmente da una parte. Si richiamano a titolo esemplificativo i casi di recesso del socio previsti dall'art. 2437 c.c., e dall'art. 2307 co. III c.c., l'ipotesi delle variazioni necessarie al progetto nel contratto di appalto a norm dell'art. 1660 c.c., la possibilità riconosciuta al cliente dall'art. 118 d. lgs. n. 385/1993 (Testo unico bancario) di recedere a fronte di modificazioni unilaterali del contratto apportate dalla banca, il potere dell'assicurato di recedere dal contratto in caso di variazioni tariffarie che implicino un aumento del premio superiore al tasso di inflazione programmato secondo l'art.172 cod. assicurazioni (d. lgs. 209/2005). In tali ipotesi, se da un lato la possibilità riconosciuta alla parte di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali costituisce efficace strumento per fronteggiare le sopravvenienze, dall'altro il riconoscimento del diritto di recesso in capo alla parte che subisca l'esercizio dello *ius variandi* costituisce strumento indispensabile per garantire l'equilibrio dei poteri contrattuali.

¹⁸⁰ Nella disciplina delle singole figure contrattuali è possibile rinvenire ulteriori ipotesi in cui la parte non inadempiente può sciogliersi dal contratto in forma stragiudiziale con effetto immediato. Si richiama a titolo esemplificativo l'art. 1517 c.c., che pur essendo rubricato "risoluzione di diritto", secondo alcuni fa riferimento ad una vera e propria ipotesi di recesso quale rimedio avverso l'inadempimento altrui, nonché l'art. 2224 c.c., che in materia di contratto d'opera prevede che qualora il prestatore d'opera non proceda all'esecuzione secondo le condizioni stabilite dal contratto e a regola d'arte, né ottemperi all'invito del committente di conformarsi a tali disposizioni entro un congruo termine da lui fissato, il committente, trascorso inutilmente detto termine, possa recedere dal contratto, ipotesi quest'ultima che, pur apparendo analoga al meccanismo della diffida ad adempiere previsto dall'art. 1454 c.c., è espressamente qualificata dal legislatore quale causa di recesso.

nella stessa sistematica del codice civile, erano destinatari di regimi estremamente ridotti e, in ogni caso, assai controversi tra gli interpreti.¹⁸¹

Una ulteriore ipotesi di recesso con funzione di rimedio avverso le sopravvenienze è stata identificata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale con sentenza della Sezione III n. 12235 del 25.05.2007 ha affermato, in tema di presupposizione, che il mancato verificarsi dell'evento presupposto legittima l'esercizio del diritto di recesso.¹⁸²

In tal modo la Cassazione, che in precedenza aveva identificato quali rimedi avverso il venir meno dell'evento presupposto da un lato la nullità per difetto di causa, ove il presupposto mancasse fin dall'origine, dall'altro la risoluzione nel caso di mancanza sopravvenuta, ha escluso il rimedio risolutorio in favore del recesso, seguendo l'opinione di parte della dottrina che si era precedentemente espressa in tal senso.¹⁸³

¹⁸¹ Si intende, in particolare, fare riferimento alla qualificazione del nuovo rimedio come fattispecie di recesso in senso stretto ai sensi dell'art. 1373 del c.c., nonostante anche nel codice del consumo sia stata prevista l'esperibilità, rispetto alla proposta contrattuale e, malgrado la produzione e l'esecuzione degli effetti contrattuali (artt. 66 e 67, che dovrebbero precludere il recesso in base all'art. 1373, comma I, del c.c.). Si veda: D. VALENTINO, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza*, op. cit., p. 674 ss.; M. C. CHERUBINI, *Tutela del contraente debole nella formazione del contratto*, Milano, 2005, p. 86 ss.; N. SCANNICCHIO, *Il perfezionamento del contratto nel diritto privato europeo*, in *Trattato di diritto privato europeo* a cura di LIPARI, op. cit., pp.165 ss. La giurisprudenza sembra riconoscere la sovrapposibilità dei rimedi della risoluzione e del recesso quale reazione all'inadempimento altrui, avendo di recente affermato che il recesso previsto dall'art. 1385 c.c., costituisce una forma di risoluzione stragiudiziale del contratto che presuppone l'inadempimento della controparte, avente i medesimi caratteri dell'inadempimento che giustifica la risoluzione giudiziale, ferma restando l'incompatibilità strutturale e funzionale dei rimedi della risoluzione giudiziale e del recesso, e l'incompatibilità funzionale dei rimedi della risoluzione di diritto e del recesso. Al riguardo si veda: Cass. Civ. sez. Un. 14.01.2009 n. 553/2009, in *Danno e resp.*, 2009, p. 625, con nota di M. DELLA CASA, *Caparra confirmatoria e disponibilità dell'effetto risolutorio*; in *Corr. giur.*, 2009, p. 333, con note di M. RUVOLO, *Le Sezioni Unite mutano il loro granitico orientamento in tema di diffida ad adempiere e rinuncia all'effetto risolutorio*.

¹⁸² Cass. Civ. sez.III, 25.05.2007 n. 12235, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 1177, con nota di AZZARI, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il revirement della Suprema Corte*. Sulla presupposizione si richiamano, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, I, op. cit., p. 622; M. C. BIANCA, *Il Contratto, Diritto civile*, III, op. cit., p. 286 ss.; A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Trattato Bessone*, Torino, 2003, p. 300 ss.; C. CALDERONI, *Presupposizione e disciplina del contratto*, in *Giust. Civ.*, 1998, I, p. 3163; G. B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in AA. VV., *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di VACCA, Torino, 1997, p. 415 ss.; M. BESSONE, *Presupposizione*, in *Enc. del dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 326 ss.; F. GIRINO, *Presupposizione*, in *Nov. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 775 ss.; V. MACIOCE, *La presupposizione*, in *I contratti in generale*, a cura di ALPA e Bessone, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1991, p. 487 ss.; F. MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, p. 68 ss.

¹⁸³ Si veda anche: Cass. Civ., sez. I n. 1544/1966, *Foro pad.*, 1967, p. 790ss.; Cass. Sez. I, n. 2104/1971, in *Giur. it.*, 1973, p. 282 ss.; Cass. Sez. II, n. 1635/1981; Cass. Sez. II n. 5168/1981, in *Foro it.*, 1982, p. 104 ss.; Cass. Sez. II, n. 191/1995, in *Foro pad.*, 1995, 11; Cass. Sez. III, n. 8689/1995; Cass. Sez. II, n. 3083/1998, in *Giust. Civ.*, 1998, 3161.

c) Segue. Il recesso come strumento di tutela del contraente debole

In tal modo, si è assistito, negli ultimi anni, al rapido susseguirsi di interventi normativi che hanno determinato l'applicazione del recesso a svariati settori: da quello della commercializzazione dei valori mobiliari, a quello delle assicurazioni sulla vita, alla commercializzazione fuori dei locali commerciali, ai contratti a distanza, alla multiproprietà, ai servizi finanziari e, più di recente, nell'ambito della distribuzione commerciale.

In tali materie il rimedio è stato utilizzato al fine di apprestare uno strumento di tutela del contraente debole nelle aree di mercato progressivamente aperte alla libera contrattazione d'impresa più insidiosa e squilibrata, che vede quali fattori di pericolo per i contraenti meno qualificati le modalità aggressive e subdole della sollecitazione a contrarre (a domicilio, fuori dei locali commerciali e a distanza) e la natura complessa dell'oggetto dell'offerta commerciale (multiproprietà, assicurazione sulla vita, servizi finanziari, adesione a reti distributive), e, al contempo, al fine ulteriore di garantire condizioni essenziali di concorrenzialità e correttezza negli scambi di beni e servizi.

Il recesso è stato così impiegato per riequilibrare posizioni di asimmetria contrattuale che vedono quale contraenti deboli rispettivamente di volta in volta il consumatore, il cliente non qualificato (investitore o contraente nell'assicurazione sulla vita) ovvero il professionista in posizione di debolezza all'interno del rapporto.¹⁸⁴

Le discipline sul recesso mirano a realizzare una “ tutela rafforzata” dei consumatori,¹⁸⁵ in tal modo significando l'intenzione di introdurre

¹⁸⁴ Al fine di realizzare una tutela maggiormente incisiva della parte debole, il diritto di recesso è in genere funzionalmente collegato a nuovi meccanismi di trasparenza, fondati su precisi e stringenti obblighi di informazione posti a carico della parte forte. Si tratta in detti casi di recesso con funzione di impugnazione, la cui previsione è inderogabile dalle parti. La copiosità della produzione normativa, manifestata solitamente in maniera episodica e frammentaria, seppure continuativa, da un lato ha determinato una diffusione capillare dell'istituto in parola, dall'altro ha reso pressante l'esigenza di riordino e semplificazione dell'abbondante materiale normativo stratificato nel corso degli anni, che pone agli interpreti non pochi problemi di coordinamento, reperimento ed applicazione. In particolare, ciascuna disciplina, nel coprire un determinato ambito di contrattazione, accompagna in genere la previsione del rimedio con un peculiare regime che, pur utilizzando schemi di tutela in parte comuni, presenta significative differenze di trattamento, ad esempio, quanto a presupposti, durata, modalità e conseguenze. A fronte di tale situazione il legislatore ha fatto ricorso a codificazioni di settore, con le quali da un lato si è proceduto alla raccolta delle disposizioni già in vigore, dall'altro all'aggiornamento della legislazione mediante l'inserimento di nuovi precetti, anche sulla base della pregressa esperienza applicativa. Tali codificazioni, tra le quali si citano il codice del consumo (d. lgs. 206/2005), il codice delle assicurazioni private (d. lgs. 209/2005), il Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (d. lgs. 58/1998), hanno determinato progressivamente la stabilizzazione, l'integrazione ed il rafforzamento del rimedio. D. VALENTINO, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza*, op. cit., p. 672 ss.; A. PRINCIGALLI, *Il consumatore e l'operatore commerciale*, in *Le vendite aggressive*, a cura di JANNARELLI, op. cit., p. 51 ss.; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore e contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, p. 53 ss.

¹⁸⁵ In generale, con riferimento alle finalità della legislazione consumeristica, l'art. 153 del trattato prevede l'obiettivo di “ assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori”, mentre

misure specifiche e aggiuntive, tanto rispetto a quelle generali della tradizionale sistematica del codice civile,¹⁸⁶ quanto rispetto a quelle più recenti di matrice comunitaria riferite ad altri aspetti della tutela dei consumatori.¹⁸⁷

In tal senso, il recesso è misura speciale dichiaratamente orientata verso una tutela rafforzata dei consumatori, introdotta per reagire a conclamati e diffusi fenomeni di abuso e prevaricazione realizzati principalmente attraverso i due nuovi fattori perturbatori dello svolgimento delle contrattazioni, considerati sia congiuntamente e sia distintamente.¹⁸⁸

La tutela rafforzata dei consumatori da realizzare attraverso il diritto di recesso dovrebbe tradursi in un meccanismo di natura preventiva e preclusiva, piuttosto che preclusiva e ripristinatoria.

Di recente lo strumento del recesso è stato utilizzato in funzione di tutela del contraente debole anche nella contrattazione tra imprese o tra professionisti. Ciò è avvenuto, in particolare: con la legge in materia di affiliazione commerciale (L. 129/2004), che ha previsto una sequenza procedimentale che consente al potenziale affiliato, sino ad un determinato momento, di interrompere il rapporto con l'affiliante, e con la disciplina della vendita diretta al domicilio (L. 173/2005), che ha previsto una specifica fattispecie di recesso a favore dell'incaricato alla vendita.¹⁸⁹

l'art. 1 del codice del consumo si riferisce al fine di “ *assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti*”.

¹⁸⁶ In particolare, tra le misure protettive invocabili dal contraente debole, solitamente, si considerano i rimedi invalidanti il contratto e quelli risarcitori, previsti in relazione ai vizi del consenso (art. 1427 ss.), all'incapacità naturale (art. 428), alle condizioni generali di contratto (art. 1341), alla rescissione (art. 1448 ss) e alla responsabilità contrattuale (art. 1337 s.). Per la valutazione di insufficienza delle tradizionali tutele contrattuali codicistiche, tra gli altri: M. C. CHERUBINI, *Tutela del contraente debole nella formazione del consenso*, Milano, 2005, p. 7 ss.; D. VALENTINO, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza*, op. cit., p. 659 ss.

¹⁸⁷ Tra le restanti misure protettive dei consumatori, adesso raccolte nel codice del consumo, si segnalano quelle di carattere più generali concernenti le clausole vessatorie (art. 33 ss.). F. LUCCHESI, A. GORGONI, S. MEUCCI, G. PASSAGNOLI, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di VETTORI, op. cit., p. 863 ss.; M. NUZZO, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO, Napoli, 2005, p. 791 ss.. Con riferimento agli acquisti dei beni di consumo, le nuove garanzie nella vendita (art. 128 ss), F. ADDIS, V. BARBA, L. FOLLIERI, C. CICALA, M. COGNOLATO, J. MAZZANTINI, A.M. SINISCALCHI E A. VENTURELLI, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di VETTORI, op. cit., p. 863 ss.; AA.VV., *La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135 del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*. *Commentario* a cura di BIANCA, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2006, p. 317 ss.

¹⁸⁸ In particolare, il codice del consumo ha delineato un regime comune del recesso (artt. 64-67), elaborato attraverso la combinazione delle discipline previgenti, tra cui nella specie la disciplina della contrattazione fuori dei locali commerciali e a distanza, dichiarandolo espressamente applicabile anche alle fattispecie di recesso contenute in altre discipline consumeristiche speciali raccolte nel medesimo codice.

¹⁸⁹ Le condotte commerciali aggressive sono suscettibili di ledere direttamente non solo la libertà contrattuale, ma anche quella personale del consumatore, come è dimostrato dall'espresso coinvolgimento anche del Garante per la protezione dei dati personali nelle repressioni delle violazioni di queste discipline. Più precisamente, ai sensi dell'art. 62, comma III, del vigente codice del consumo, il coinvolgimento del Garante per la protezione dei dati personali è espressamente riferito alla violazione delle disposizioni dell'art. 58 concernenti i limiti all'impiego di talune tecniche di comunicazione a distanza.

La preferenza per la tutela preventiva scaturisce dalla necessità di rendere effettiva la protezione degli interessi dei consumatori con particolare riferimento al rispetto delle prescrizioni sul diritto di recesso. Alla difesa privatistica individuale, si affiancano le tutele collettive, esperibili anche in via preventiva, affidate alle associazioni dei consumatori e degli utenti.¹⁹⁰

La configurazione preventiva del recesso costituirebbe la soglia rafforzata di tutela generalizzata dei consumatori che si dovrebbe sempre calare nella concreta vicenda negoziale, dispiegandosi variamente, quanto a durata ed esiti della sequenza incentrata sul recesso e la trasparenza a seconda del comportamento e della volontà dei contraenti che devono fare applicazione di questi congegni dialettici procedimentali.¹⁹¹

Negli ultimi anni, l'esigenza di tutela del contraente debole è stata avvertita, in particolare, nei contratti della distribuzione commerciale, nei quali molto spesso imprese dotate di una posizione di dominanza, generalmente poste a monte di una catena distributiva, impongono condizioni svantaggiose agli operatori economici posti più a valle, approfittando della situazione di dipendenza economica nella quale questi ultimi talvolta si trovano. Tali pratiche, oltre ad essere nocive per i contraenti dotati di minore potere contrattuale, possono determinare distorsioni della concorrenza.

Allo stesso tempo, proprio l'esercizio del diritto di recesso costituisce talvolta modalità di realizzazione di pratiche abusive nei confronti della controparte, con la conseguente necessità di individuare i limiti entro i quali l'esercizio del recesso possa ritenersi legittimo, avuto riguardo al principio generale di buona fede ed alle specifiche disposizioni a tutela delle imprese in posizione di debolezza sul mercato.

¹⁹⁰ Al fine di suscitare la fiducia dei consumatori, per superare le loro preoccupazioni e diffidenze verso i moderni sistemi distributivi, le nuove discipline contrattuali sono tanto più efficaci quanto più si dimostrano favorevoli per i consumatori rispetto a quelle generali tradizionali. C. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, op. cit., p. 333 ss. L'avvento della copiosa produzione normativa ha determinato il superamento della disciplina tradizionale del recesso prevista dal codice civile, rivelatasi inadeguata a fronteggiare le rinnovate esigenze del moderno mercato degli scambi, quanto meno in relazione ad ambiti caratterizzati da marcate posizioni di squilibrio tra i contraenti. Ciò ha reso il recesso misura consolidata, non più eccezionale o speciale come appariva nell'originario impianto codicistico in relazione al dogma della vincolatività del contratto, ma normale e generale, dapprima nell'ambito della contrattazione con i consumatori e con i contraenti deboli del mercato finale, e, più di recente, anche nei rapporti endoprofessionali squilibrati.

¹⁹¹ Il recesso, secondo la nuova concezione, appare misura diretta, insieme a quelle collegate relative alla trasparenza e agli obblighi informativi, a garantire un riequilibrio di posizioni tra i contraenti, nonché a realizzare condizioni minime di effettività del consenso e, quindi, di libertà contrattuale e di mercato, divenendo strumento fondamentale di autonomia privata e di concorrenza.

2.3. Gli effetti dell'esercizio del diritto di recesso: *jus poenitendi* e obbligo di restituzione.

L'effetto del recesso, come affermato in precedenza, a norma dell'art. 66 del codice del consumo, è quello di sciogliere le parti dal vincolo contrattuale e, quindi, di liberarle dalle obbligazioni che trovano la loro fonte nel contratto stesso.¹⁹²

Mentre la direttiva 85/577 disponeva che “...con l'invio della comunicazione il consumatore è liberato da tutte le obbligazioni derivanti dal contratto di rescissione, gli effetti giuridici del recesso sono disciplinati a norma della legislazione nazionale, in particolare per quanto riguarda il rimborso dei pagamenti relativi a beni o a prestazioni di servizi, nonché la restituzione di merci ricevute...” (art. 7), l'art. 8 del d. lg. N. 50/1992 ed oggi l'art. 66 del cod. cons., considerano quale momento a partire dal quale gli effetti del contratto cessano, quello della ricezione da parte del professionista della dichiarazione di recesso emessa dal consumatore.

Gli atti unilaterali, infatti, producono effetto dal momento in cui pervengono a conoscenza del destinatario (art. 1334 c.c.). Il recesso scioglierebbe dunque unilateralmente il contratto, secondo la regola propria degli atti unilaterali recettizi, nel momento in cui l'altra parte ne viene giuridicamente a conoscenza e, quindi, con la presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c., quando l'atto giunge all'indirizzo del destinatario.¹⁹³

A connotare lo *jus poenitendi* sono la libertà e la discrezionalità, ovvero l'insindacabilità del suo esercizio. Il mero ravvedimento basta a porre il consumatore nella condizione di provocarne lo scioglimento, senza dover ricorrere al Giudice. A tal fine è sufficiente l'invio all'operatore commerciale, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, della comunicazione di voler recedere e resta fermo, ove sia avvenuta la consegna della merce, l'obbligo di restituirla, con conseguente rimborso al consumatore del prezzo pagato.

Quello che si vuole evitare è che lo *jus poenitendi* possa essere utilizzato per uno scopo diverso da quello che può verosimilmente considerarsi suo proprio, consentendone l'uso anche a chi non abbia alcuna

¹⁹² Anche l'art. 66 prende in considerazione, oltre al contratto, le semplici proposte contrattuali, e ciò nella consapevolezza, maturata innanzitutto dal legislatore comunitario e sulla sua scia da quello nazionale, che spesso il professionista risulta formalmente come colui che pone in essere un invito ad offrire ed è il consumatore ad essere qualificato come proponente che attende l'accettazione del professionista.

¹⁹³ Oltre allo scioglimento dal vincolo contrattuale o al venir meno della proposta, il recesso produce anche altri effetti in ipotesi di avvenuto adempimento, totale o parziale, delle obbligazioni. In tal caso costituisce fonte di obbligazioni: alla restituzione dell'eventuale bene consegnato ed al rimborso delle somme eventualmente corrisposte dal consumatore. Ciò, però, vale solo per i contratti aventi ad oggetto la fornitura di beni. Per quelli relativi, invece, a prestazione di servizi vale quanto già precedentemente sia per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali che per quelli a distanza.

necessità di essere tutelato da pericoli che il legislatore stima *ex ante* in via presuntiva.¹⁹⁴

E' evidente che l'obiettivo del legislatore è quello di semplificare l'eventuale ricorso al pentimento da parte del consumatore eliminando la possibilità per il professionista di promuovere controversie aventi ad oggetto accertamenti complessi ed incerti che renderebbero la disciplina settoriale in contrasto con la sua *ratio* di più intensa protezione del contraente debole.¹⁹⁵

Va rilevato che l'art. 7 D. Lgs. n. 50/1992, per i contratti riguardanti la vendita di beni, qualora vi sia stata la consegna della merce, precisa che condizione essenziale per l'esercizio del recesso è la sostanzialità della merce da restituire.

Per alcuni, in tal modo sarebbe stata introdotta l'innovativa potestà di recedere dal vincolo negoziale anche nell'ambito dei contratti traslativi (vendita di beni tra un operatore commerciale ed un consumatore), quando il

¹⁹⁴ M. ATELLI, *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza*, Torino, 2001, pp. 366 ss. Per l'autore " ... pare, inoltre, non estraneo alla stessa struttura concettuale propria del diritto di pentimento un momento squisitamente valutativo, che porta l'interessato a riconsiderare la decisione presa in funzione di uno o più elementi, la cui eventuale prevalenza a posteriori rende comprensibile l'insorgenza del sentimento di pentimento, inteso come sopravvenuto disvolere del voluto. In quest'ottica, diviene allora agevole constatare che il puro capriccio, ove sotteso all'esercizio del recesso legale di cui si discorre, per sua natura non presuppone sul piano strutturale il momento valutativo anzidetto... esaurendosi invece in volontà cieca che, comunque la si voglia considerare, appare del tutto inidonea a dare fondamento all'esercizio dello *jus poenitendi*..."

¹⁹⁵ L'attribuzione del diritto non sospende alcuna produzione degli effetti ed è svincolata anche dall'esecuzione del contratto, anzi l'esercizio del diritto si avvantaggia della concreta esecuzione delle obbligazioni contrattuali. Pertanto sembra necessario accogliere l'opinione di chi colloca l'ambito di incidenza dello *jus poenitendi* sul piano degli effetti del contratto già concluso., quando sia intervenuto un accordo tra le parti e il ripensamento non sia da riferire ad una semplice proposta. Si veda: A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in LIPARI, *Diritto privato europeo, op. cit.*, p. 42 ss.; F. GRECO, *Profilo del contratto del consumatore*, Napoli, 2005, p. 175 ss. Conferma tale impostazione la circostanza che la Corte di giustizia, in più di una pronuncia abbia ribadito che il recesso è lo strumento attraverso il quale si vuole attribuire al contraente un diritto generale di rimettere in discussione un contratto concluso. Al riguardo: Corte di giustizia CE, 22.4.1999. Con il decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50 (" Attuazione della direttiva 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali"), si sono introdotte alcune forme di tutela a favore del consumatore in relazione a tutti i contratti e le proposte contrattuali da questo sottoscritte aventi ad oggetto la fornitura di beni o la prestazione di servizi, in qualunque forma conclusi, stipulati fuori dai locali commerciali, nonché ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali sulla base di offerte effettuate al pubblico tramite il mezzo televisivo o altri mezzi audiovisivi e a quelli conclusi mediante l'uso di strumenti informatici e telematici. M. CARTELLA, *La disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 715 ss.; N. LIPARI, *Commentario al D. lgs. 15 gennaio 1992 n. 50*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 176 ss.; M. GORGONI, *Sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali alla luce del D. lgs. n. 50/1992*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 152 ss.; A. JANNARELLI, *Le vendite aggressive, op. cit.*, p. 112 ss. Sulle varie disposizioni del D. Lgs n. 50/1992 si segnalano: Cass. Civ., 26 settembre 1996, n. 8504, in *Giust. Civ.*, 1997, p. 704; Cass. Civ., 14 luglio 2000, n. 4843, in *Foro it.*, 2000, con nota di M. GRANIERI; Cass. Civ., 24 luglio 2000, n. 9692, in *Mass. Giur. it.*, 2000; Cass. Civ., 14 gennaio 2000, n. 372, in *Studium juris*, 2001, p. 81; Cass. Civ., 29 ottobre 1998, n. 10809, in *Mass. Giur. It.*, 1998; per la giurisprudenza di merito si rinvia a Trib. Bari 31 agosto 2001, in *Giur. it.*, 2002, p. 1192; Giudice di Pace di Bologna 3 aprile 2000, in *Contr.*, 2000, p. 1032 con nota di M. GORGONI; Trib. Terni 13 luglio 1999, in *Rass. giur. umbra*, 2000, p. 720; Trib. Milano 27 gennaio 1997, in *Contr.*, 1998, p. 42 con nota di B. MUSSO.

trasferimento del diritto è effetto immediato del consenso e, quindi, l'effetto reale si è già prodotto.¹⁹⁶

Il recesso, pertanto, in tal caso, avrebbe efficacia retroattiva, seppur *inter partes*, in ordine alla rimozione dell'effetto reale che normalmente associa al perfezionamento del contratto. Infatti, l'efficacia reale non potrebbe comunque essere opposta ai terzi che vantino sulla merce diritti sorti in base ad atti opponibili alle parti.¹⁹⁷

Per i contratti riguardanti la prestazione di servizi, il secondo comma dell'art. 7, invece, statuisce che il recesso non può essere esercitato con riguardo alle prestazioni già eseguite dall'operatore commerciale, nel senso che opera *ex nunc*, così conformandosi alla disciplina generale in tema di contratti a esecuzione continuata e periodica.¹⁹⁸

Con riguardo agli effetti del c.d. diritto di " rescissione", la direttiva CE attuata con il decreto legislativo dispone che "con l'invio della comunicazione il consumatore è liberato da tutte le obbligazioni derivanti dal contratto rescisso" (art. 5) e precisa inoltre che "... *qualora il consumatore eserciti il proprio diritto di rescissione, gli effetti giuridici del recesso sono disciplinati a norma della legislazione nazionale, in particolare per quanto riguarda il rimborso dei pagamenti relativi a beni o prestazioni di servizi, nonché la restituzione di merci ricevute...*" (art. 7).

Il legislatore della Comunità Europea si limita a stabilire l'effetto principale di questo diritto di " rescissione " : la liberazione del consumatore da tutte le obbligazioni derivanti dal contratto, lasciando agli Stati membri la libertà di attuazione in ordine agli ulteriori effetti del recesso, quali gli obblighi di restituzione delle prestazioni già ricevute.

L'obbligazione di riconsegna della merce è disciplinata all'art. 8 del D. Lgs. n. 50/92 rubricato: " effetti dell'esercizio del diritto di recesso".¹⁹⁹

L'obbligazione di restituzione essendo dunque effetto del recesso, lo presuppone perfezionato giacché nessun effetto può essere requisito della propria causa.²⁰⁰

¹⁹⁶ P. GELLI, *sub art. 7*, in LIPARI, *Decreto legislativo n. 50/1992, op. cit.*, p. 217 ss. A. DI MAIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca, IV, Delle obbligazioni*, (artt. 1173-176 c.c.), Bologna-Roma, 1988, p. 180. Si contrappongono un sistema che assegna al contratto la sola funzione di fungere da titolo per l'acquisto di beni (*titulus acquirenti*), fermo restando che il concreto trasferimento è affidato ad atti diversi dal contratto (*modus acquirendi*) e un sistema, quello francese, che invece affida al contratto entrambe le funzioni.

¹⁹⁷ A. JANNARELLI, *La tutela nella negoziazione fuori dei locali commerciali: introduzione generale*, a cura di JANNARELLI, *Le vendite aggressive, op. cit.*, p. 45 ss.

¹⁹⁸ "... *i singoli atti di esecuzione sono giuridicamente autonomi, l'uno rispetto all'altro, e ciascuno avendo una sua propria scadenza segue la propria sorte e non può influenzare gli altri né restarne influenzato...*" (F. MESSINEO, *contratto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1981, p. 928). Sarebbero principi comuni all'intero ordinamento civilistico, salvo patto contrario, l'irretroattività di taluni effetti e l'inapplicabilità di taluni istituti rispetto all'esecuzione già avvenuta, o alle prestazioni già eseguite o in corso di svolgimento (artt. 1360 c.c. ss.).

¹⁹⁹ Il primo comma dell'art. 8 stabilisce che " con la ricezione da parte dell'operatore commerciale della comunicazione di cui all'art. 6, le parti sono sciolte dalle rispettive obbligazioni di consegna della merce e di pagamento del prezzo e, se queste sono state nel frattempo in tutto o in parte eseguite, sorgono le altre obbligazioni di restituire la merce e di rimborsare il prezzo.

L'art. 8, in proposito, parla di ricezione e non di conoscenza, discostandosi dalla disciplina generale ex art. 1334 c.c., per cui il recesso, al pari di ogni altro atto unilaterale, produce effetto dal momento in cui perviene a conoscenza del destinatario.

In tal modo la norma impedirebbe la produzione degli effetti della presunzione di cui all'art. 1335 c.c. e, soprattutto, priverebbe l'operatore commerciale del potere di giovare della prova di essere stato nell'impossibilità incolpevole di averne conoscenza.

Condizione essenziale per beneficiare del diritto di recesso è l'integrità della merce; se il contratto ha per oggetto la prestazione di servizi, esso opera solo per le prestazioni non ancora fornite.

Il consumatore deve restituire i beni di cui è entrato in possesso entro sette giorni dal ricevimento o dal termine maggiore pattuito dalle parti; dal canto suo, l'operatore commerciale è tenuto a rimborsare, entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione di recesso o dal ricevimento della merce, le somme eventualmente corrispostegli dal consumatore.

E' evidente la scelta del legislatore di distinguere nei due diversi articoli, 66 e 67, la previsione dell'effetto solutorio e liberatorio del recesso dalle ultime obbligazioni.

Probabilmente l'intento è stato quello di sottolineare la conseguenza derivante dalla manifestazione di pentimento da parte del consumatore e cioè la sua "liberazione" da ogni e qualsivoglia vincolo giuridico.

La norma dell'art. 67, intitolata alle "ulteriori obbligazioni delle parti", regola il prodursi dell'efficacia retroattiva del recesso, laddove prevede in capo alle parti l'adempimento dei rispettivi obblighi restitutori.²⁰¹

Va osservato il diverso regime degli effetti del recesso a seconda che si receda da un contratto relativo a beni o a servizi.

E' chiaro che, versandosi in ipotesi di obbligazioni di *facere*, tecnicamente non un'obbligazione restitutoria si sarebbe potuta far gravare

²⁰⁰ La lettera del secondo comma dell'art. 8, secondo cui l'obbligo di restituzione deve essere sempre adempiuto entro sette giorni dalla consegna, va interpretativamente corretta giacché altrimenti quell'obbligo che nasce dal recesso, potrebbe illogicamente divenire attuale prima ancora del perfezionarsi della propria fonte.

²⁰¹ La merce va restituita con le modalità indicate dalle parti e nel termine da loro fissato, termine che non può essere comunque inferiore a dieci giorni lavorativi decorrenti dalla data del ricevimento del bene. E' stato notato che solo nei contratti a distanza è prevista la previa informazione su "modalità e tempi di restituzione o ritiro del bene in caso di esercizio del diritto di recesso" (art. 52, 1° co., lett. g). Un'analoga informazione non è invece prevista per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali e ciò sarebbe stato opportuno, considerato che il contratto può non rivestire forma scritta ed il consumatore potrebbe comunque non ricevere, anche in presenza di un contratto scritto, un'informazione specifica e separata su tali modalità e tempi. Se la merce risulta restituita, il consumatore matura il diritto al rimborso. In caso di inadempimento del consumatore, il professionista può avvalersi dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. e rifiutargli il rimborso delle somme pagate. Il consumatore che ha ricevuto la cosa in buona fede non risponderà del deterioramento o del deterioramento di essa se non nei limiti di cui all'art. 2041 c.c. Decorsi, però, il termine di 10 giorni per la restituzione della merce, il consumatore sarà in mora senza necessità di intimazione, ricorrendo la fattispecie di *mora ex re* prevista dall'art. 1219, 2° co., n. 3, c.c. In tal caso il professionista avrà diritto al risarcimento del danno eventualmente subito.

sul consumatore, ma la prestazione di una sorta di indennizzo per il servizio fruito.

La circostanza che il consumatore si trovi a poter recedere da un contratto relativo a servizi, anche se la prestazione è stata eseguita, senza obblighi ulteriori a suo carico, si spiega in dottrina considerando l'eventualità che il professionista inizi l'esecuzione del servizio prima di adempiere agli obblighi informativi, ovvero prima del decorso del termine di legge di dieci giorni, o comunque inizi l'esecuzione della prestazione in difetto di accordo con il consumatore.²⁰²

Parte della dottrina ha posto in evidenza il problematico rapporto tra termine di esercizio del recesso e termine di adempimento degli obblighi restitutori. Dal momento che lo scioglimento del vincolo è effetto del recesso, è possibile ritenere, laddove si versi in ipotesi di un contratto già perfezionatosi, che l'obbligo di restituire la merce si configuri come un effetto ulteriore, e consequenziale, non potendo immaginarsi, in linea di massima, che l'effetto liberatorio ed il conseguente obbligo restitutorio, per le obbligazioni nel frattempo adempiute, si producano senza che il contratto si sia risolto ovvero che si realizzino contestualmente.

Considerando che logicamente e cronologicamente la restituzione segue il recesso, e che di tardività della stessa non può parlarsi quando il consumatore può recedere in un tempo prolungato per violazione di doveri di informazione, va osservato, però, che il legislatore non ha voluto prevedere alcun diritto di ritenzione a favore del consumatore, per cui non è dato stabilire la sanzione connessa alla tardiva restituzione.

Nella nuova Proposta di direttiva COM 614/2008, la situazione del consumatore non è certo più vantaggiosa, infatti al paragrafo 2 dell'art. 16, il commerciante sarebbe legittimato a “ *trattenere il rimborso finché non abbia ricevuto o ritirato tutti i beni oppure finché il consumatore non abbia dimostrato di aver restituito i beni*”.

Nemmeno in tal caso si tiene conto che la parte debole è il consumatore e tale disposizione non fa altro che evidenziare la profonda disparità tra le due parti in causa. Il commerciante è libero di scegliere quando e “ se” rimborsare il recedente, considerando l'assenza di un termine preciso per l'adempimento del proprio obbligo.

Per quanto riguarda gli obblighi del consumatore in caso di recesso, invece, il paragrafo 1 dell'art. 17 esplicita un ulteriore affronto all'equilibrio contrattuale, disponendo che “ *... il consumatore restituisca i beni o li consegna al commerciante o ad un terzo autorizzato a riceverli, entro 14 giorni dalla data in cui comunica il suo recesso al commerciante, purché quest'ultimo non abbia offerto di ritirare egli stesso i beni...*”.

La Proposta prospetta un altro abbassamento di tutela nel prevedere che il consumatore resti responsabile della diminuzione del valore dei beni

²⁰² M. GORGONI, *L'obbligo restitutorio quale effetto del recesso da un contratto negoziato fuori dai locali commerciali*, in *Contr.*, 2000, p. 1034 ss.

risultante da una manipolazione oltre a quella necessaria per accertare il valore e il funzionamento del bene.

La Corte di giustizia dell'Unione Europea, in una recente sentenza, ha rilevato che contrasta con l'art. 6, n. 1, comma 1, seconda frase, e n. 2, della Dir. 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997, “ Riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza”, “... una normativa nazionale che consente al fornitore, nell'ambito di un contratto concluso a distanza, di addebitare le spese di consegna dei beni al consumatore qualora questi eserciti il suo diritto di recesso... ”.²⁰³

Un siffatto addebito sarebbe atto a rimettere in discussione l'equilibrata ripartizione dei rischi tra le parti nei contratti conclusi a distanza, facendo carico al consumatore di tutte le spese connesse al trasporto dei beni.

D'altra parte il fatto che il consumatore sia stato informato dell'importo delle spese di consegna prima della conclusione del contratto non può ridurre il carattere dissuasivo che avrebbe l'addebito di tali spese al consumatore sull'esercizio da parte di quest'ultimo del suo diritto di recesso.²⁰⁴

Pertanto, si tende a ravvisare la *ratio* giustificatrice dell'attribuzione dello *ius poenitendi*, nell'esigenza di tutelare il consumatore sia in ragione delle speciali circostanze in cui è avvenuto lo scambio dei consensi, sia in ragione della peculiarità dei mezzi di comunicazione utilizzati dalle parti per la manifestazione delle rispettive volontà negoziali.²⁰⁵

Ciò evidenziato, si osserva come la codificazione a livello comunitario e nazionale della categoria del recesso del consumatore, comunque sempre in parte ibrida o comunque poco netta, sia sempre più progredita, ma sicuramente non ancora compiutamente definita.²⁰⁶

²⁰³ Corte di giustizia dell'UE, 15 aprile 2010, causa C-511/2008 su www.ambientediritto.it

²⁰⁴ La direttiva riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza dispone che il consumatore ha diritto di recedere da un contratto concluso a distanza entro un termine di almeno sette giorni lavorativi, senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo. Qualora il consumatore eserciti il suo diritto di recesso, il fornitore è tenuto al rimborso delle somme versate, che dovrà avvenire gratuitamente. Le uniche spese eventualmente a suo carico sono le spese dirette di spedizione dei beni al mittente.

²⁰⁵ E. BATTELLI, *Gli effetti del diritto di recesso in relazione alle spese di consegna dei beni*, in *Giur. it.*, I, 2011, p. 44 ss.; V.G. DE CRISTOFARO, *Ius poenitendi del consumatore e contratti di credito nella Dir. 2008/48/Ce*, in *Giur. it.*, 2010, p. 232 ss.

²⁰⁶ M. C. CHERUBINI, *Ius se poenitendi*, in *Enc. giur.*, Milano, 2007, VIII, p. 405 ss.; R. GIAMPETRAGLIA, *Il diritto di recesso nel codice del consumo*, in *Notar.*, 2007, p. 79 ss.; N. ZORZI GALGANO, *Lo ius se poenitendi del consumatore*, in *Vita Notar.*, 2007, p. 55 ss.

CAPITOLO III

IL DIRITTO DI RECESSO NELLE APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI

3.1. Informazione e principio di trasparenza nel codice del consumo: il rimedio del diritto di recesso.

a) La violazione degli obblighi di informazione del diritto di recesso nella giurisprudenza italiana ed europea, alla luce delle recenti novità comunitarie

Il codice del consumo inserisce tra i diritti fondamentali dei consumatori, riconosciuti individualmente e collettivamente, anche “ *il diritto ad un’adeguata informazione*” (art. 2, comma 2, lett. c):

Le informazioni al consumatore devono rispondere a tre requisiti:

- 1) devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata (*principio di adeguatezza*);
- 2) devono essere espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore. Anche se non è prevista una forma solenne per i contratti di consumo, se alcune o tutte le clausole sono proposte per iscritto, esse devono essere redatte secondo analoghi principi di chiarezza e comprensibilità (art. 35, comma 1), (*principio di chiarezza*);
- 3) devono avere come risultato la consapevolezza del consumatore (art. 5, comma 3), (*scopo di consapevolezza*).

Gli obblighi informativi sono regolati in modo abbastanza diffuso ed operano su diversi piani: la commercializzazione dei prodotti, mediante precisi obblighi di contenuto delle etichette e confezioni dei prodotti; l’attività pubblicitaria, in quanto è vietata la pubblicità ingannevole; la formazione del contratto con obblighi di informazione precontrattuale a tutela del consumatore contro le vendite aggressive; il formalismo negoziale con funzione informativa.²⁰⁷

Il contenuto di tali obblighi è collegato al peculiare sistema di tutela aggiuntiva prescelto, ovvero l’attribuzione al consumatore, in aggiunta ai rimedi previsti dal codice civile, di un diritto di recesso immotivato ed irrinunciabile,²⁰⁸ teso a consentire il recupero di una adeguata fase

²⁰⁷ Le vendite tramite internet, le televendite, ma anche quelle per catalogo o corrispondenza, oltre un possibile effetto di questa natura, sono caratterizzate da asimmetrie informative determinate dalla mancanza di un contatto fisico con il venditore, oltre che con lo stesso bene venduto. Lo statuto normativo delle vendite aggressive è interamente ricollegabile alla normativa comunitaria che, a più riprese, a partire dalla direttiva 1988/577/CE sulle vendite fuori dei locali commerciali, ha previsto una tutela rafforzata dal consumatore.

²⁰⁸ Per i contratti conclusi fuori dei locali commerciali vanno ricordati gli obblighi di informazione riguardanti il diritto di recesso. Essi vanno effettuati con caratteri tipografici uguali o superiori a quelli degli altri elementi indicati nel documento (art. 47, comma 3).

meditativa dell'acquisto anche dopo il perfezionamento del contratto, in modo da elidere gli effetti di un acquisto non consapevole.²⁰⁹

L'art. 67 quater cod. cons. sancisce che le informazioni devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile con qualunque mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza utilizzata, tenendo conto dei doveri di correttezza e buona fede, nella fase precontrattuale, e dei principi che disciplinano la protezione degli incapaci di agire e dei minori; devono, infine, essere conformi agli obblighi contrattuali imposti per la conclusione dei contratti a distanza.

Il riferimento al principio di buona fede era già presente, oltre che nella direttiva del 2002, nel d. lg. N. 185/1999 in materia di vendita a distanza; per mezzo di questo riferimento, l'adempimento dei doveri di informazione viene collegato direttamente al rispetto del dovere di correttezza e lealtà nelle trattative.²¹⁰

L'utente deve essere posto nella condizione di valutare nella piena consapevolezza il servizio propostogli dal fornitore, in modo da poter scegliere se aderirvi conoscendo tutti i rischi dell'operazione; sulla base di tale conoscenza, effettuerà una scelta consapevole e informata, secondo una visione che riconosce centralità non solo all'autonomia contrattuale delle parti, ma anche alle regole dell'economia dell'informazione.²¹¹

Questa centralità, della fase precontrattuale, assottiglia la distanza che la separa dalla fase esecutiva vera e propria: l'inadempimento dell'obbligo informativo, che è obbligo tipico della fase precontrattuale, produce conseguenze analoghe alla mancata o inesatta esecuzione di un obbligo contrattuale.

Ciò porta a concludere che l'interesse del consumatore, oggetto di tutela, non è un mero interesse negativo a non essere coinvolti in trattative inutili o a non stipulare un contratto invalido, ma è l'interesse a che la controparte adempia esattamente ad un obbligo, quello di informazione, che

²⁰⁹ Per la conclusione di contratti a distanza, ovvero di quei contratti tra professionista e consumatore conclusi avvalendosi di mezzi di comunicazione che non prevedono la presenza fisica e simultanea delle parti (art. 50 cod. cons.), viene imposta un'informazione dettagliata più ampia del diritto di recesso, volta a riequilibrare la prevedibile lacuna informativa del consumatore, non solo sul prodotto, ma anche sulla stessa controparte, oltre che degli eventuali costi della tecnica di comunicazione, delle caratteristiche del prodotto (art. 52, comma 1). Sussiste l'obbligo aggiuntivo di conferma per iscritto o su supporto durevole di tali informazioni prima della conclusione del contratto o anche al momento dell'esecuzione, unitamente ad informazioni aggiuntive riguardanti l'indirizzo geografico del professionista e del luogo ove rivolgere i reclami, il diritto di recesso e sulle garanzie fornite e sui servizi di assistenza.

²¹⁰ Il consumatore deve, infatti, poter conoscere in anticipo alcuni aspetti relativi al contenuto del contratto, come l'esistenza o l'inesistenza di un diritto di recesso, la disdetta, le clausole penali, la legge applicabile, la lingua disponibile. Tale normativa di favore per il consumatore si giustifica con i maggiori rischi cui si espone che negozia a distanza servizi di natura finanziaria, ma la *ratio* è anche quella di aumentare, con la predisposizione di una adeguata tutela, la fiducia dei consumatori nelle nuove tecniche di commercializzazione, a vantaggio della funzionalità e dello sviluppo del mercato.

²¹¹ Intesa quale scienza che " si occupa dell'economia delle relazioni contrattuali che hanno luogo in condizioni di conflitto caratterizzate da informazione asimmetrica".

è entrato a far parte del contenuto contrattuale per espressa previsione di legge.²¹²

Le informazioni devono essere comunicate dal fornitore, insieme con tutte le condizioni contrattuali, “ in tempo utile” prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o da un’offerta.

Tra l’adempimento dell’obbligo di informazione e la conclusione del contratto a distanza dovrebbe trascorrere un lasso di tempo apprezzabile ossia sufficiente per una ponderazione adeguata da parte del consumatore sulla convenienza.

L’art. 67 *undecies*, 2° co., sancisce che se un contratto a distanza è stato concluso su richiesta del consumatore, utilizzando una tecnica di comunicazione a distanza che non consente di trasmettere le condizioni contrattuali né le informazioni ai sensi del 1° co., il fornitore ottempera all’obbligo di cui al detto comma “ ... *subito dopo la conclusione del contratto* ...” stesso. La locuzione “ subito dopo” non brilla per precisione, ma appare curioso che sia possibile comunicare le informazioni contrattuali e le informazioni preliminari solo dopo la conclusione del contratto, in spregio al principio di buona fede; inoltre, appare un non senso imporre comunicazioni attinenti alla fase preliminare, ossia alla fase in cui il contratto ancora esiste, quando i contraenti hanno già manifestato la loro volontà.²¹³

La violazione della normativa in commento è soggetta a misure sanzionatorie particolarmente severe, in ottemperanza alla direttiva che invita ogni Stato ad assicurare la previsione di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive.

La stessa effettività e l’opera dissuasiva sono obiettivi raggiungibili prevedendo a carico del fornitore, che violi le previsioni di legge, svantaggi superiori ai vantaggi che potrebbero ricavare grazie alla trasgressione; occorre, però, che sia rispettato il criterio di proporzionalità della sanzione all’infrazione, e , quindi, che le stesse sanzioni raggiungano il fine per il quale sono inflitte senza oltrepassarlo.²¹⁴

²¹² Le informazioni prescritte hanno carattere generale, e tendono ad assicurare uno standard minimo di tutela; esse valgono quindi per qualsiasi servizio finanziario che sia oggetto di commercializzazione a distanza , mentre i singoli servizi finanziari possono continuare ad essere assoggettati a più specifiche normative di settore che li regolino secondo le caratteristiche di ciascuno di essi.

²¹³ A. ALBANESE, *La violazione degli obblighi informativi nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 833 ss.

²¹⁴ Il legislatore nazionale ha innanzitutto determinato, all’art. 67 *septies decies*, 1° co., le sanzioni amministrative: salvo che il fatto costituisca reato, il fornitore è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da € 5.000,00 a € 50.000,00 se contravviene alle norme di cui al presente decreto; se ostacola l’esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore; se non rimborsa al consumatore le somme eventualmente pagate dal consumatore. Il 2° co., aggiunge che i predetti limiti minimo e massimo della sanzione sono raddoppiati nei casi di particolare gravità o di recidiva, nonché nell’ipotesi in cui le Autorità di vigilanza ordinano ai soggetti vigilati la cessazione della pratica illecita o ne vietano l’inizio. V. SANGIOVANNI, *il diritto di recesso nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Contr.*, 2009, p. 411; A. ALBANESE, sub art. 67 *septies decies*, in AA.VV., *Codice ipertestuale del consumo*, diretto da FRANZONI, Torino, 2008, p. 312 ss.

Il numero 4 della norma stabilisce che il contratto è nullo, nel caso in cui il fornitore violi gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche.²¹⁵

Il legislatore ritiene il dovere di informazione del consumatore, nel contesto della commercializzazione a distanza di servizi finanziari, talmente importante che la sua violazione determina la nullità del contratto. La disposizione costituisce una particolarità per l'ordinamento giuridico italiano: di norma, infatti, la violazione di obblighi informativi non determina nullità del contratto. Il legislatore del codice del consumo statuisce un caso di nullità espressa.

Con tale scelta la legge si pone chiaramente in favore del consumatore. Favorevole allo stesso è anche il regime dell'onere della prova, in quanto si prevede espressamente che “ sul fornitore grava l'onere

²¹⁵ Il problema delle conseguenze, sul piano civilistico, del comportamento negligente degli intermediari ha suscitato un enorme interesse a seguito dei recenti dissesti finanziari Cirio e Parmalat e della vicenda dei bonds argentini. Le banche che hanno consigliato ai clienti quegli investimenti, hanno spesso taciuto o ignorato lo stato d'insolvenza degli emittenti. In assenza di una specifica normativa al riguardo, i Giudici si sono divisi fra tre soluzioni tra loro molto diverse; un primo orientamento accolto inizialmente dalla giurisprudenza, ha affermato che il dovere informativo impregna con tale incidenza la normativa di settore e l'intera regolamentazione dei rapporti cui prende parte un soggetto debole, che la sua violazione, siccome configgente con norme imperative poste a tutela di interessi generalissimi, condurrebbe alla nullità del contratto di investimento sub specie di nullità virtuale *ex art. 1418 c.c.* Un secondo orientamento ha sostenuto l'annullabilità dei contratti in parola per vizio del consenso *ex art. 1427 c.c.*, in quanto sottoscritti dal risparmiatore sulla base della falsa prospettazione della realtà. Dovrebbe ritenersi che sia incorso in errore essenziale il risparmiatore che abbia acconsentito ad una determinata operazione finanziaria senza essere stato adeguatamente informato dei rischi relativi. Un terzo orientamento dell' S.U. Cass., nega che un comportamento per quanto lesivo di fondamentali canoni giuridici, possa incidere sull'aspetto genetico della fattispecie, ossia sul contratto, e pone la sua incidenza sul momento funzionale, cioè sul rapporto intercorso tra le parti.

Copiosa giurisprudenza ha sostenuto che le violazioni degli obblighi informativi posti a carico dell'intermediario comportino la nullità del contratto di acquisto in quanto in contrasto con norma imperative. Al riguardo si veda: Trib. Mantova, 18.03.2004, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, p. 440 ss.; Cass. Civ., 7.3.2001, 3272, in *Contr.*, 2002, p. 28 ss., che ha affermato: “ ...la nullità diventa uno strumento di controllo normativo utile, insieme ad altri, a non ammettere alla tutela giuridica interessi in contrasto con valori fondamentali del sistema ...”. Si veda anche E. QUADRI, *Nullità e tutela del contraente debole*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 1143 ss.; A. GIOIA, *Nuova nullità relative alla tutela del contraente debole*, in *Contr. impr.*, 1999, 1332 ss. E' stata, però, per prima la Cass. Civ., 29.9.2005, n. 19024, in *Corr. giur.*, 2006, p. 669 e in *Danno e resp.*, 2006, a stabilire che: “ ... i comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale ...”, con la conseguenza che la loro illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto, a meno che tale incidenza non sia prevista dal legislatore. Si veda anche F. BONACCORSI, *Le S.U. e la responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 546 ss.; F. BRUNO e A. ROZZI, *Le S.U. sciolgono i dubbi sugli effetti della violazione degli obblighi di informazione*, in *Giur. comm.*, 2008, p. 612 ss.; G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle S.U.: chiose, considerazioni e un elogio dei giudici*, in *Giur. it.*, 2008, p. 353 ss.; G. D' ALFONSO, *Violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari: la tutela del risparmiatore tra rimedi restitutori e risarcitori*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 965 ss.; F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle S.U. della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, 1; A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le SU*, in *Contr.*, 2008, p. 393; V. MARICONDA, *L'insegnamento dell' S.U. sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 230 ss. Nella giurisprudenza di merito, si veda: Trib. Taranto, 27.10.2004, in *Foro it.*, 2005, p. 896 ss.; Trib. Genova, 15.3.2005, in *Contr.*, 2005, p. 1085 ss.; Trib. Milano, 25.7.2005, in *Danno e resp.*, 2005, p. 1227.

della prova riguardante : l'adempimento agli obblighi di informazione del consumatore" (art. 67- *vicies semel* comma 1 cod. cons.).

La Corte di Cassazione ha preso posizione in un'importante sentenza del settembre 2005, chiarendo che la violazione degli obblighi informativi degli intermediari finanziari determina responsabilità precontrattuale, ma non nullità del contratto.²¹⁶

In particolare tale sentenza ha stabilito che la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative ai sensi dell'art. 1418 c.c. postula violazioni attinenti a elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e ha escluso che l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, possa determinare nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista.

Nel febbraio del 2007 la questione delle conseguenze civilistiche della violazione delle norme di condotta degli intermediari finanziari è stata rimessa alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.²¹⁷

La sentenza della Corte di Cassazione è stata in sostanza confermata dalle Sezioni Unite che hanno deciso sulla questione Loro rimessa.²¹⁸

La Suprema Corte ha affermato che la violazione dei doveri d'informazione del cliente può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tale violazione avvenga nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può, invece, dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazione riguardante le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria.

La soluzione fatta propria dalla Suprema Corte è nel senso che le disposizioni in esame costituiscono un'eccezione alla regola generale per cui la violazione dei doveri informativi non determina la nullità del contratto.²¹⁹

²¹⁶ Cass. Civ., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Corr. giur.*, 2006, p. 669 ss., con nota di G. Genovesi; in *Danno resp.*, 2006, 25 ss., con nota di V. ROPPO, G. AFFERNI; in *Giur. comm.*, 2006, 626 ss., con nota di C. E. SALODINI.

²¹⁷ Cass. Civ., 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Corriere giuridico*, 2007, p. 631 ss., con nota di V. MARICONDA.

²¹⁸ Cass. Civ., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725.

²¹⁹ A. BARENGHI, *Disciplina dell'intermediazione finanziaria e nullità degli ordini di acquisto*, in *Giur. mer.*, 2007, p. 59 ss.; R. BRUNO, *L'esperienza dell'investitore e l'informazione adeguata e necessaria*, in *Giur. comm.*, 2008, p. 391 ss.; V. BULFARO, *La responsabilità contrattuale dell'intermediario per violazione del dovere di informazione*, in *Nuova giur. civ., comm.*, 2007, 1092 ss.; L.A. CAGGIANO, *I doveri d'informazione dell'intermediario finanziario nella formazione ed esecuzione del contratto. Violazione e rimedi*, in *Dir. giur.*, 2006, p. 453 ss.; F. GRECO, *Verso la contrattualizzazione dell'informazione precontrattuale*, in *Rass. Dir. civ.*, 2007, p. 1140 ss.; S. PANZINI, *Violazione dei doveri di informazione da parte degli intermediari finanziari tra culpa in contraendo e responsabilità professionale*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 982 ss.; .G. MERUZZI, *La*

La giurisprudenza è sempre stata attenta nel ribadire con fermezza, all'interno della dicotomia imprenditore-consumatore, la particolare esigenza di tutela che caratterizza, secondo la comune esperienza, la posizione del contraente debole.²²⁰

La mancanza di trattative acuisce l'importanza della fase precontrattuale, intesa come unico momento, prima della conclusione del contratto, in cui il consumatore deve essere adeguatamente informato circa il contenuto del regolamento contrattuale stesso.

L'informazione costituisce oggetto di un comportamento necessitato dell'imprenditore, reso obbligatorio da espresse previsioni di legge, le quali hanno sempre assunto maggiore importanza alla luce dei nuovi meccanismi del moderno mercato concorrenziale.²²¹

E' da escludere che l'operatore commerciale possa pensare di aver adempiuto correttamente al disposto normativo semplicemente inserendo una clausola nel contratto che rimandi genericamente alla norma in esame ed al suo contenuto, in tal modo addossando al consumatore l'onere di apprendere tutti i riferimenti necessari per l'esercizio del diritto di recesso.²²²

L'informativa *de qua* per poter garantire una sua immediata percettibilità da parte del consumatore, deve essere portata a conoscenza di quest'ultimo non solo rispettando il requisito dell'evidenza grafica, ma

responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta, in *Contr. impr.*, 2006, p. 944 ss.

²²⁰ Cass. Civ., 30 luglio 2001, n. 10429, in *Giur. it.*, 2002, p. 1153 ss.; Cass. Civ., 20 marzo 1996, n. 2369, in *Foro it.*, 1996, n. 2369, in *Foro it.*, 1996, p. 1665. Nel merito: Trib. Verbania 23 aprile 2002, in *Giur. Mer.*, 2002, p. 1193 ss.; Trib. Roma, 28 ottobre 2000, in *I Contratti*, 2001, p. 441 con nota di SCARPELLO. In prospettiva europea, la tutela del consumatore costituisce un tema dibattuto sin dall'approvazione della Carta europea di protezione dei consumatori, avvenuta ad opera del Consiglio d'Europa nel 1973, nonché dalla più nota Risoluzione del Consiglio del 14 aprile 1975 riguardante un programma preliminare della CEE per una politica di protezione ed informazione del consumatore (pubblicata in *G.U.C.E.* n. C 92 del 25 aprile 1975).

²²¹ G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, *op. cit.*, p. 411 ss. Lo stesso autore ricorda come, da un punto di vista storico, il primo approccio dell'ordinamento italiano rispetto al problema dell'informazione del consumatore deve essere ricercato nello stratificato ed eterogeneo complesso di norme poste a tutela dell'affidamento del consumatore le quali, accanto a numerosi divieti, avevano iniziato a prevedere anche precisi obblighi informativi concernenti alcuni aspetti relativi al prodotto, come l'etichettatura e la presentazione di determinate categorie merceologiche di prodotti destinati al consumatore.

Per un corretto funzionamento del mercato, costituisce un dato imprescindibile il fatto che il consumatore possa muoversi e rispondere alle tecniche sempre più aggressive dell'offerta commerciali contando, da un lato, su di un consistente bagaglio di informazioni e, dall'altro, su di un alto grado di trasparenza circa le informazioni stesse.

²²² Qualche autore ha sottolineato come il principio di presunzione di conoscenza della legge venga a subire un'eccezione nei confronti del soggetto consumatore. M. A. LIVI, *Decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50, sub. Art. 5*, in *Commentario*, a cura di LIPARI, *Le nuove leggi civili commentate*, 1993, p. 202. Altra parte della dottrina ha ribadito come non sembra che in questo caso si possa o si debba giungere, per garantire la tutela del consumatore, ad affermare il suo "diritto" di ignorare la legge; che il sistema delle sanzioni alla violazione dell'obbligo di informazione sembra dimostrare esattamente il contrario, nella parte in cui collega all'omissione dell'informazione soltanto un'estensione del termine per esercitare il diritto di recesso, e non la sua sospensione fino al momento in cui il consumatore non venga posto a conoscenza della facoltà di recesso. C. MACRÌ, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali (commento al d. lg. 15 gennaio 1992 n. 50)*, *op. cit.*, p. 52.

anche venendo separata dalle altre clausole, meglio se contenuta in un riquadro *ad hoc*, onde rendere l'informazione chiara, immediata e trasparente; non inserita, cioè, in un contesto uniforme di clausole.

Come ricordato dalla Suprema Corte, il legislatore “ nel trasfondere il principio della direttiva nella norma nazionale” ha imposto entrambi i requisiti di forma relativi alle modalità con cui l'informazione preventiva sul diritto di recesso è portata a conoscenza del consumatore mediante una disposizione, l'art. 5, 2° co., qualificabile come norma inderogabile ed imperativa in quanto attiene all'ordine pubblico dei rapporti economici nelle negoziazioni tra una parte debole e la parte commercialmente forte”.²²³

La giurisprudenza ha precisato che l'informazione è incompleta quando manca l'esatta indicazione di tutte le circostanze che giustificano il recesso e la natura dei suoi termini di ricezione o di spedizione o di semplice comunicazione; è scorretta od errata quando, pur nella completezza, mancano i requisiti di forma, che ne impediscano l'immediata e preventiva rilevanza, ancor prima di sottoscrivere il contratto o al tempo stesso della sua sottoscrizione.

Obblighi di informazione e diritto di recesso, per come sono stati pensati e poi tradotti nella normativa protezionistica, sono quindi strumenti caratterizzati da una certa *reciprocità funzionale*, almeno in un senso: gli obblighi informativi hanno un'importante *ratio* che si sostanzia non solo, da un punto di vista autonomo, nell'essere strumento idoneo a forzare una maggiore circolazione delle informazioni e quindi una maggior trasparenza del mercato, ma anche nel rappresentare il cardine attorno al quale ruota l'effettività della tutela prestata al consumatore in sede di recesso.²²⁴

Sotto tali profili, i due istituti possono essere considerati in stretta relazione funzionale, poiché il diritto di recesso non potrebbe raggiungere adeguatamente le proprie finalità di tutela se non preceduto da adeguate informazioni che rendano edotto il consumatore circa il suo contenuto e le modalità utili al suo esercizio.

Le informazioni oltre a soddisfare un'esigenza di trasparenza, dovrebbero far sì che il consumatore sia posto nella migliore condizione per compiere un ultimo e definitivo controllo sulla corrispondenza dell'operazione ai suoi interessi durante il periodo di riflessione.²²⁵

²²³ Cass. Civ., 3 ottobre 2003, n. 14762, *Dir.giust.*, 2003, 43

²²⁴ E. POMINI, *Informazione e tutela del consumatore nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Contr., op. cit.*, p. 956 ss. Questa interpretazione del legame tra i due istituti in termini di cooperazione aveva in realtà già trovato una conferma nel pensiero di G. Grisi, *Lo ius poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 2001, p. 588 ss; l'autore, in particolare, osserva l'importanza nell'ambito della tutela del consumatore apprestata mediante il diritto di recesso e gli obblighi informativi, proprio della connessione del diritto di recesso ad un onere legale di informazione che incombe sul fornitore.

²²⁵ G. Grisi, *Informazione e tutela del consumatore nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, *op. cit.*, p. 590ss. L'importanza dell'informazione si eleva a principio cardine nei contratti a distanza, laddove il consumatore è impossibilitato dal visionare e toccare con mano il prodotto oggetto d'acquisto prima dell'avvenuta conclusione del contratto ed è quindi necessaria una tutela preventiva rispetto alla conclusione del contratto stesso. F. MASCHIO, *Obblighi informativi nel commercio elettronico. Buona fede e trattamento dei dati personali*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 692 ss.

La stessa Proposta di direttiva COM 614/2008 all'art. 5, se per un verso stabilisce obblighi generali di informazione, dall'altro dà adito a possibili contrasti interpretativi, limitando la tutela precontrattuale nei casi in cui le informazioni siano “ *già apparenti dal contesto* ”.

Una grave lacuna la si può rinvenire nella lettera c) dell'art. 5 che consente, in particolari circostanze, di omettere il prezzo delle spese di consegna. Inoltre, il legislatore comunitario, ha trascurato di rendere obbligatoria l'informazione sul costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, informazione che il consumatore deve ricercare in tempo utile, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza.

Degna di rilievo è anche la sanzione che la proposta di direttiva indica nel caso di violazione degli obblighi informativi. L'art. 6, par. 1, stabilisce infatti che “ *il consumatore non paga tali spese aggiuntive* “ , introducendo, così, da una parte, il deterrente più efficace per le inadempienze del professionista e, dall'altra, la conseguenza migliore per il consumatore non informato.

L'art. 7, par. 1, prescrive che “ *prima della conclusione del contratto l'intermediario deve informare il consumatore che egli agisce a nome e per conto di un altro consumatore e che il contratto concluso non è considerato un contratto tra il consumatore e il commerciante ma un contratto tra due consumatori* ”.

Nonostante le buone intenzioni, tale prescrizione potrebbe arrecare un inatteso restringimento della definizione di professionista, nonché una riduzione dell'ambito di applicazione della direttiva, a tutto danno dei consumatori. Sarebbe stato certo più auspicabile che il legislatore europeo, onde evitare comportamenti elusivi, avesse meglio chiarito la responsabilità professionale dell'intermediario per l'attività di intermediazione svolta.

Un ulteriore abbassamento del livello di protezione, come precedentemente ribadito, lo rinveniamo anche al paragrafo 4 dell'art. 11, laddove asserisce che : “ *il consumatore riceve la conferma di tutte le informazioni su un mezzo durevole entro un tempo ragionevole dopo la conclusione di qualsiasi contratto a distanza e al più tardi al momento della consegna dei beni oppure quando è iniziata l'esecuzione del servizio* ”.

In tal modo molte informazioni rilevanti potranno essere fornite successivamente alla conclusione, al momento della consegna, certamente con un ulteriore aggravio della posizione del consumatore.

La Corte di giustizia dell'Unione Europea con la sentenza del 17 dicembre 2009, ha stabilito che spetta al Giudice d'ufficio far valere la nullità di un contratto stipulato al di fuori di un negozio commerciale se il consumatore non è stato informato delle modalità relative all'esercizio del diritto di recesso e non ha invocato il diritto comunitario dinanzi al Giudice nazionale.²²⁶

²²⁶ La direttiva 85/577/CEE prevede che il commerciante deve informare per iscritto il consumatore del suo diritto di rescindere il contratto, specificando altresì le modalità con le quali esso può essere esercitato. Secondo la direttiva tale diritto di recesso può essere realizzato entro un termine

Per la Corte l'art. 4 della direttiva 85/577/Cee concerne un interesse pubblico che può giustificare un intervento positivo del Giudice nazionale al fine di supplire allo squilibrio esistente fra il consumatore e il commerciante nell'ambito dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali; giunge, pertanto, alla conclusione che l'obbligo di informare sul diritto di recesso sottende un valore fondamentale e un'esigenza di interesse pubblico, anche perché il suddetto diritto consente di colmare lo squilibrio tra consumatore e commerciante.

La direttiva lascia agli Stati il compito di individuare le conseguenze provocate dal mancato rispetto dell'obbligo di informazione al consumatore, pur con il limite di avere presente che lo scopo della direttiva è quello di tutelarlo.

Di conseguenza, i Giudici nazionali sono tenuti ad interpretare il diritto interno tenendo conto delle finalità dell'atto comunitario.

I Giudici comunitari ritengono che la nullità del contratto può essere considerata come una misura appropriata proprio perché sanziona chi ha ommesso di informare il consumatore su una questione di fondamentale importanza.²²⁷

In tal modo, il livello di tutela rimane alto e la misura è in grado di svolgere anche una funzione deterrente in ordine alla realizzazione di analoghi comportamenti da parte di altri commercianti.

La Corte di Giustizia, però, lascia campo libero ai Giudici nazionali perché ritiene che lo stesso livello di tutela possa essere assicurato con altre misure come la riapertura dei termini previsti per l'esercizio del diritto di recesso.

Se il consumatore ha il diritto di recedere deve anche poter decidere se mantenere in vita un contratto, malgrado il mancato rispetto di alcuni diritti a lui spettanti.²²⁸

Pertanto, stante l'orientamento del legislatore comunitario, al fine di tutelare adeguatamente il consumatore che si trovi a negoziare in particolari *condiciones loci*, l'accento dovrebbe senz'altro essere posto sulla valorizzazione del momento informativo, poiché solo puntando su di un suo pieno e reale potenziamento si è in grado di prevenire *ex ante* determinate patologie del rapporto negoziale.

non inferiore ai sette giorni proprio per consentire al consumatore di valutare gli obblighi derivanti dalla conclusione del contratto ed eventualmente comparare il prodotto, anche in relazione alla qualità e al prezzo, con altri. Tale tutela realizza quanto previsto dall'art. 153 del Trattato, dedicato alla tutela del consumatore, che indirizza l'azione comunitaria anche alla promozione del diritto all'informazione del consumatore, specificato ulteriormente nella Carta dei diritti fondamentali adottata a Nizza il 7 dicembre 2000 e proclamata nuovamente nel 2007, il cui articolo 38 ribadisce la necessità che nelle politiche dell'Unione europea sia assicurato un livello elevato di protezione del consumatore.

²²⁷ Nel codice del consumo è prevista una sanzione amministrativa pecuniaria ed un allungamento dei termini per il diritto di recesso.

²²⁸ M. CASTELLANETA, *Il giudice interno può annullare d'ufficio il contratto se è mancata l'informazione sul diritto di recesso*, in *Guida dir.*, 2010, 104 ss.

La corretta informazione del contraente debole, grazie al costante impulso della comunità europea, è destinata a diventare uno dei capisaldi degli indirizzi politico- normativi in tema di tutela del consumatore, anche perché la sproporzione tra il potere negoziale dell'impresa e del contraente non professionale, connessa con la produzione di massa, si coglie pure nello scarso o assente flusso di informazioni trasmesse al consumatore.

b) Segue. Trasparenza e libertà del consenso nelle modalità di esercizio del diritto di recesso con particolare riguardo all'intermediazione finanziaria. Le novità del D. lgs. 11/2010

Il diritto alla trasparenza è il secondo fondamentale diritto dei consumatori riconosciuto dalla norma dell'art. 2 del cod. Cons., in base al quale la trasparenza si configura come strettamente e finalisticamente connessa alla correttezza, di cui rappresenta una specificazione, in quanto un contratto, le cui clausole sono redatte dal professionista in modo chiaro e facilmente intellegibile, presenta caratteristiche che da una parte consentono al consumatore di esprimere un consenso contrattuale pienamente consapevole e dall'altra rendono il contratto stesso insuscettibile di strumentalizzazioni interpretative che consentono abusi da parte del predisponente.

La trasparenza costituisce il principale strumento contrattuale apprestato per superare l'iniziale e strutturale asimmetria informativa tra le parti, ostativa dell'effettivo esercizio dell'autonomia privata.²²⁹

Da un punto di vista procedimentale la posizione del contraente professionista che intende fornire a distanza beni o servizi nei confronti dei consumatori è stata aggravata, rispetto al codice civile, mediante l'imposizione di una serie di prescrizioni volte a rendere trasparente il contenuto dell'offerta commerciale.

In tutte le discipline gli obblighi di informazione e di trasparenza, incumbenti sul professionista che offre a distanza beni e servizi, costituiscono la principale novità che caratterizza la posizione procedimentale durante l'intero iter della formazione del contratto.²³⁰

²²⁹ G. ALPA, *Quando il segno diventa comando: la trasparenza dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 465 ss.; F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza*, in *I contratti dei consumatori* a cura di GABRIELLI e MINERVINI, II, in *Trattato dei contratti* diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, Torino, 2009; G. ALPA e P. GAGGERO, *Trasparenza bancaria e contratti del consumatore*, in *Mercato finanziario e tutela del risparmio* a cura di GALGANO e VISINTINI, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, Padova, 2006, p. 73 ss.; E. MORELLATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza e neoformalismo*, Padova, 2006, p. 103 ss. La trasparenza contrattuale è stata definita come " ... l'esatta determinazione e l'effettiva comprensibilità delle clausole contrattuali da un punto di vista giuridico ed economico, senza che si rendano necessarie competenze tecniche o uno studio attento, che per la sua situazione peculiare e per la normale complessità e articolazione dei regolamenti predisposti, all'aderente è precluso...". Si veda in merito A. BARENGHI, *I contratti per adesione e le clausole vessatorie*, in *Trattato di diritto privato europeo*, Vol. III, *L'attività e il contratto*, a cura di LIPARI, Cedam, 2003, pp. 344 ss. Pertanto, secondo il principio di trasparenza, l'imprenditore/professionista ha l'obbligo di rendere edotta la controparte, nel caso di contratti per adesione o, comunque, in genere nei contratti conclusi dal consumatore, della portata diretta ed indiretta, dei diritti e degli obblighi assunti, sia dal punto di vista giuridico sia da quello economico.

²³⁰ La trasparenza si realizza gradatamente per quanto attiene ai vari profili soggettivi ed oggettivi dell'offerta commerciale, tra i quali spicca sempre l'esplicitazione dell'esistenza del diritto di recesso e del regime applicabile. L'importanza fondamentale degli obblighi di informazione e trasparenza per la realizzazione delle finalità di tutela sottese alla statuizione del rimedio, trova riscontro nella previsione in ciascuna disciplina di un severo apparato sanzionatorio multilivello, penale, amministrativo e civile. C. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, *op. cit.*, p. 507 ss. Sulla tutela civilistica del consumatore in caso di violazione degli obblighi informativi da parte del professionista,

Nella realizzazione della trasparenza dell'offerta commerciale non si devono considerare solamente i nuovi fattori aggiunti, ma assumono rilievo anche i restanti elementi tradizionali che compongono le sequenze della formazione dell'accordo e i successivi comportamenti delle parti esecutive del contratto.

Tutti insieme contribuiscono a rendere trasparenti i contenuti dell'offerta commerciale e a perfezionare i contratti a distanza che abbisognano di un'ulteriore manifestazione di consenso finale da parte dell'altro contraente consumatore.

Si delineano due momenti fondamentali della trasparenza corrispondenti all'imposizione di obblighi di informazione a carico della parte professionista: l'uno, preliminare, deve avvenire in tempo utile affinché il consumatore possa esprimere il consenso contrattuale;²³¹ l'altro, si riferisce all'esercizio del nuovo rimedio da parte del medesimo consumatore.

A norma dell'art. 53 del cod. cons. i contenuti dell'informazione preliminare devono essere confermati per iscritto, ovvero, a scelta del consumatore, su altro supporto duraturo a sua disposizione. La conferma scritta costituisce la seconda sequenza generale della trasparenza che deve essere resa “ *prima o al momento dell'esecuzione del contratto* ”.²³²

Anche l'accordo e l'esecuzione del contratto contribuiscono a realizzare la trasparenza dell'offerta commerciale.

Nella prospettiva della trasparenza procedimentale, la parte professionale che intende concludere a distanza contratti aventi per oggetto dei beni è tenuta, oltre che a rendere l'informazione preventiva e a dare la successiva conferma, anche ad eseguire la relativa consegna dei beni al consumatore, lasciandoglieli a disposizione per almeno dieci giorni lavorativi, in modo da poter decidere se esercitare il rimedio.²³³

Accanto allo scambio tra le parti dei consensi integranti l'accordo, questo speciale procedimento consensuale di formazione del contratto richiede che il contraente debole esprima un secondo consenso connotato

v. M. LOBUONO, *Informazione sul diritto di recesso e tutela del consumatore*, in *Le vendite aggressive* a cura di JANNARELLI, *op. cit.*, p. 132 ss.; M. C. CHERUBINI, *Tutela del contraente debole nella formazione del contratto*, *op. cit.*, p. 64 ss.

²³¹ F. RICCI, *La disciplina delle vendite a distanza dei consumatori*, in *I contratti informativi*, a cura di CLARIZIA, 2007, p. 324 ss.; N. ZORZI GALGANO, *Lo ius poenitendi del consumatore*, in *Vita not.*, 2007, p. 559 ss.; A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività : i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Diritto privato europeo* a cura di LIPARI, *op. cit.*, p. 37 ss.

²³² Nelle vendite tramite mezzo televisivo o altri mezzi audiovisivi, ai sensi dell'art. 59, l'informazione scritta sul diritto di recesso, con le modalità previste dall'art. 52, deve essere fornita “ *non oltre il momento in cui viene effettuata la consegna della merce* ”. Sugli obblighi di informazione in queste forme speciali di vendita, in base alla disciplina previgente v. N. SCANNICCHIO, *Vendita a distanza e mezzi di comunicazione istantanei*, in *Le vendite aggressive* a cura di JANNARELLI, *op. cit.*, p. 260 ss.;

²³³ Di regola, chi offre beni e servizi a distanza non può eseguire la fornitura senza aver reso trasparente l'offerta e aver ottenuto il consenso del consumatore.

dal dover essere emesso dopo l'avvenuta realizzazione di una situazione di piena trasparenza ed effettiva libertà contrattuale.²³⁴

Con il D. Lgs. 27 gennaio 2010 n. 11 si è data attuazione alla direttiva n. 2007/ 64/ CE relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno.

Tale direttiva mira: a creare il quadro giuridico necessario alla realizzazione di un mercato europeo integrato dei pagamenti; ad assicurare un livello di protezione elevato grazie alla previsione degli obblighi in materia di informazione e alla definizione dei diritti e dei doveri degli utenti e dei prestatori di servizi di pagamento.

Nello stesso tempo introduce requisiti di informazione chiari e succinti per tutti i prestatori di servizi di pagamento.²³⁵

Il testo del decreto legislativo di attuazione della direttiva n. 2007/ 64/ CE in parte introduce un *corpus* normativo a sé stante e in parte rinnova il testo unico bancario.

Per quanto concerne la disciplina dei diritti e degli obblighi in relazione alla prestazione e all'uso dei servizi di pagamento, il corrispondente titolo II del decreto legislativo sembra orientato per la completa trasposizione delle norme della direttiva, introducendo regole particolarmente innovative e di notevole impatto nel nostro ordinamento, in quanto disciplinanti per la prima volta il rapporto tra un prestatore e il suo cliente relativamente alla fornitura di servizi di pagamento.

Il legislatore italiano, esercitando l'opzione di cui all'art. 51, articolo 3, della direttiva, ha esteso l'ambito di applicazione della normativa in questione, secondo le stesse modalità previste per i consumatori, anche alle micro-imprese.

Il titolo IV, invece, recepisce le disposizioni della direttiva in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali e obblighi informativi da assolvere nei confronti della clientela, per tutto lo svolgimento del rapporto e, precisamente, circa le spese applicabili in relazione alle informazioni rese dal prestatore di servizi di pagamento o a lui richieste dall'utilizzatore; obblighi di informazione da assolvere nella fase precontrattuale e nel corso del rapporto; forma, contenuto e accessibilità delle condizioni del contratto quadro; recesso dal contratto quadro.

²³⁴ Le norme che impongono al contraente professionista di farsi carico, tramite gli strumenti della trasparenza, di rendere edotto l'altro contraente non qualificato del carattere giuridico, commerciale e contrattuale dell'attività che si accinge a compiere, di illustrare il contenuto della relativa offerta di beni e servizi, nonché di informare della fondamentale libertà di decidere e scegliere se procedere alla conclusione del contratto stesso. C. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, op. cit., p. 480 ss.. La trasparenza, infatti, costituisce un requisito speciale che, soddisfacendo gradualmente l'interesse procedimentale, consente al consumatore di pervenire alla manifestazione di un consenso contrattuale effettivamente libero che, costituendo esercizio del rimedio, perfezioni l'intero procedimento.

²³⁵ In particolare prevede: condizioni che devono essere comunicate preliminarmente (obblighi e responsabilità del prestatore e dell'utente, spese, indicazione della legge applicabile); informazioni da fornire su richiesta dell'utente prima dell'esecuzione di un'operazione di pagamento; informazioni per il pagatore dopo l'esecuzione di un'operazione di pagamento; informazioni per il beneficiario dopo il ricevimento dei fondi. F. MAZZINI, *Servizi di pagamento: per il consumatore arriva maggiore trasparenza sulle offerte*, in *Guida dir.*, 2010, p. 36 ss.

Emerge, ancora una volta, quella correlazione concettuale fra la funzione della “ forma”, e quindi della trasparenza, e la buona fede, entrambe volte all’attuazione di un programma contrattuale chiaro e quanto più possibile scevro da ambiguità.

3.2. Diritto di recesso e principio di buona fede

a) Diligenza professionale, buona fede e pratiche commerciali scorrette con particolare riferimento al D. lgs. 146/2007

Il legislatore comunitario ha cercato di dare un'interpretazione il più possibile uniforme di "diligenza professionale". In particolare l'articolo 2, lett. h) definisce la diligenza professionale come " *...il rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista, il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori...* ".²³⁶

Il legislatore italiano, nell'attuazione della Direttiva 29/2005/CE, ha preferito procedere ad una propria definizione di diligenza professionale, indicandola nel " *normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e buona fede nel settore dell'attività del professionista...* ".

Le regole di diligenza professionale non sono altro se non regole di condotta corrispondenti ad un particolare grado di conoscenze ed abilità specialistiche, di attenzione e di cura che ogni professionista ha l'obbligo di osservare nel porre in essere pratiche commerciali indirizzate ai consumatori.

Una pratica commerciale che rispetti i requisiti di cura e competenza richiesti dalle "pratiche di mercato oneste", potrebbe invece non rispettare quelli richiesti dalla "diligenza professionale", se il grado di competenza e cura non sia in linea al principio di buona fede (oggettiva).²³⁷

Con riferimento alla "diligenza professionale", invece, non si può che richiamare la " *diligenza nell'adempimento delle obbligazioni inerenti l'esercizio dell'attività professionale* " prevista all'articolo 1176, 2° comma, c.c.²³⁸

Nell'ambito del D. lgs. 146/2007, però, si offre una visione più estesa in cui non solo si afferma la constatazione dell'accuratezza con cui si

²³⁶ La Commissione europea (Direzione generale salute e tutela dei consumatori), in un opuscolo informativo, finalizzato a spiegare ai consumatori ed ai cittadini europei in genere la portata della Direttiva 29/2005/CE, ha definito la diligenza professionale come " *la misura della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente ci si deve aspettare da parte di un professionista conformemente ai requisiti di un'onesta pratica di mercato e/o del principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista...* ".

²³⁷ Laddove la buona fede oggettiva imponga al professionista un livello di competenza e cura superiore a quello che potrebbe sembrare sufficiente ed adeguato secondo le pratiche di mercato oneste in uso presso il proprio settore di attività, il professionista agirà in maniera "leale" solo qualora si conformi al grado di cura e competenza dovuto in virtù del principio di buona fede.

²³⁸ L'art. 18, lett. h) del D. lgs. 206/2005 propone la diligenza professionale come " *il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono ad un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista* ".

adempono gli obblighi assunti, bensì si inserisce in tale definizione anche l'aspetto solidaristico che mira ad una protezione giuridica totalizzante della controparte.

Si è notato, al riguardo, che la nozione di diligenza professionale recepita nel Codice del consumo sia difficilmente inquadrabile in relazione alle clausole relative alla concorrenza sleale, soprattutto quelle inerenti all'art. 10 bis della Convenzione di Unione di Parigi per la proprietà industriale e dei principi della correttezza professionale ex art. 2598 n. 3 c.c.²³⁹

Nel recepimento della direttiva europea lo stesso “ principio generale di buona fede” è stato sostituito dai “ principi di correttezza e di buona fede” mentre non è più presente il riferimento ad un vago parametro relativo alle “ pratiche di mercato oneste”.

Per quanto attiene il principio di buona fede²⁴⁰ è indubbio che il legislatore intendesse riferirsi alla “ buona fede oggettiva”, con conseguente richiamo degli artt. 1337, 1175 e 1375 c.c., dettati, rispettivamente, in tema di trattative precontrattuali e di esecuzione del contratto.

Il campo di applicazione della pratica commerciale scorretta, in base all'art. 19 del Codice del consumo, è definito su un preciso piano temporale: il primo, il durante e il dopo la realizzazione di un'attività commerciale e ciò consente una protezione che obbliga il mantenimento di una diligenza professionale e un'attenzione al comportamento economico del consumatore costante e precisa.

²³⁹ Si nega che l'art. 18, lett. h) del decreto legislativo 206/2005 possa fare riferimento a un concetto di diligenza, prudenza e perizia la cui mancata adozione consente di qualificare come colposa, in base all'art. 2043 c.c., la condotta del soggetto che danneggia un altro individuo con le proprie azioni. La contrarietà alla diligenza professionale non va mai ricollegata alla colpa come elemento soggettivo dell'illecito civile, bensì è una nozione che vanta la propria autonomia rispetto a quanto previsto dal codice civile e che trova una sua particolare applicazione in merito alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette. Tale definizione di diligenza professionale così come introdotta nell'ordinamento italiano dal nostro legislatore presenta alcune differenze con quanto proposto in sede comunitaria dalla direttiva 2005/29. La competenza e l'impegno che devono essere posti in essere per dar origine ad una pratica commerciale lecita, non sono misurati in base a ciò che è onesto attendersi da parte di un professionista secondo l'ottica di un consumatore, così come espresso nell'ordinamento italiano, bensì si stima quale sia il comportamento giusto di un professionista attenendosi al giudizio di un “ osservatore” terzo, neutro ed esterno non considerando il parere dell'acquirente al quale è rivolta l'operazione commerciale stessa.

²⁴⁰ La buona fede è stata definita recentemente dalla Suprema Corte, la quale ha chiarito, anche se con riferimento all'esecuzione del contratto che “ ... la buona fede si atteggia come un impegno ed obbligo di solidarietà – imposto tra l'altro dall'art. 2 della Costituzione – tale da imporre a ciascuna parte comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali, ed a rescindere altresì dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, siano idonei (senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico) a preservare gli interessi dell'altra”, con la precisazione che si può parlare di violazione del principio di buona fede in sede di esecuzione del contratto “ ... non solo nel caso in cui una parte abbia agito con il doloso proposito di recare pregiudizio all'altra, ma anche qualora il comportamento da essa tenuto non sia stato, comunque, improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociali, che integrano il contenuto della buona fede “ (Cass. Civ., 16.10.2002, n. 14726, in *Danno e responsabilità*, 2003, 16, con nota di R. PARTISANI, *L'integrazione del contratto come correttivo delle disfunzioni sinallagmatiche prodotte dall'inosservanza della clausola di buona fede*. Sulla rilevanza della buona fede nel contratto, GIAMPETRAGLIA, *Protestatio contra factum non valet*, Napoli, 2000.

Il Decreto legislativo 146/2007, dando attuazione alla Direttiva CE 29/2005, ha introdotto nell'ordinamento italiano una disciplina completa delle pratiche commerciali scorrette che le imprese ed i liberi professionisti possono tenere verso i consumatori.²⁴¹

Per pratica commerciale si intende ogni relazione fra professionisti e consumatori che si sostanzia in “ qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale, compresa la pubblicità, posta in essere da un professionista in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori” (lettera *d* dell'art. 18).²⁴²

Ai sensi dell'art. 21, una pratica commerciale è considerata ingannevole se contiene informazioni non rispondenti al vero o è idonea in qualsiasi modo ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti avrebbe preso attraverso la sua induzione in errore su uno o più dei seguenti elementi della relazione commerciale: l'esistenza o la natura del prodotto; le caratteristiche principali del prodotto; la portata degli impegni del professionista; il prezzo o il modo in cui questo è calcolato; la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente; i diritti del consumatore.

Sono considerate scorrette sia la pratica commerciale che, riguardando prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori, omette di darne notizia in modo da indurre i consumatori stessi a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza, sia quella che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, può, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza.²⁴³

L'art. 24 del Codice del consumo costituisce una delle novità più importanti introdotte dal decreto legislativo 146/2007.

Tale tipologia di condotte scorrette è caratterizzata *in primis* dal chiaro richiamo alla libertà di scelta del consumatore e, dal momento che proprio la libertà di scelta del consumatore è il bene giuridico protetto dall'intera direttiva, che deve ritenersi alla base anche del divieto delle pratiche ingannevoli.²⁴⁴

²⁴¹ La disciplina delle pratiche commerciali scorrette è stata introdotta nel codice del consumo sostituendo gli articoli che vanno da 18 a 27, che prima contenevano la sola disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa illecita e che costituiscono i capi I, II e III del titolo III di tale atto normativo.

²⁴² Una pratica commerciale è scorretta “ *se è contraria alla diligenza professionale ed è falsa od idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge od al quale è diretta*” (art. 20, 2° comma).

²⁴³ L'art. 8 della direttiva 2005/29/Ce definisce aggressiva qualsiasi attività che “ nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, limiti o sia idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induca o sia idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”.

²⁴⁴ Nelle pratiche commerciali aggressive è insita una valenza estorsiva determinante e maggiore rispetto a quella presente nelle pratiche commerciali ingannevoli poiché, se nel caso di attività decettive si può subdolamente alterare e influenzare il processo di formazione della volontà del consumatore che potrebbe già essere propenso all'acquisto, invece, l'adozione di condotte anche puramente coercitive è volta all'estorsione di un consenso che potrebbe essere del tutto assente e ad

La possibilità di esercitare pressioni psicologiche o fisiche, di sfruttare le debolezze culturali, emotive e caratteriali del consumatore o la sua posizione subalterna, di limitare la libertà professionale del consumatore implica che è necessario introdurre il riferimento alla libertà di scelta del consumatore all'interno dell'articolo per salvaguardare l'incolumità fisica e mentale dei soggetti che sono coinvolti in ogni attività commerciale aggressiva e di conseguenza, di per sé illecita.

In più occasioni la giurisprudenza ha analizzato l'ipotesi di inapplicabilità di tali articoli qualora il contratto concluso mediante l'utilizzo di tecniche coercitive sia comunque vantaggioso per il soggetto contraente, giungendo, però, alla conclusione che “ il pregiudizio alla libera determinazione volitiva del soggetto va inteso in senso assoluto, senza alcun riferimento al vantaggio ovvero al danno patito dal consumatore con la conclusione del contratto”²⁴⁵.

un'estromissione totale della volontà di un acquirente da parte di un professionista il quale mira all'asservimento dell'altro per poter raggiungere propri scopi. L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali aggressive*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, diretto da DE CRISTOFARO, CALVO, CIATTI, Torino, 2008, p. 307 ss.

²⁴⁵ G. SCIANCALEPORE, *Le pratiche commerciali*, in *La tutela del consumatore*, vol. XXX, a cura di STANZIONE, MUSIO, Torino, 2009, p. 180 ss.

b) Segue. Il principio di buona fede tra recesso *ad nutum*, abuso del diritto e *acquis communautaire*, alla luce della sentenza della Corte di Cass. n. 20106/2009

La dottrina che distingue tra recesso ordinario e straordinario,²⁴⁶ identifica il recesso ordinario con il recesso *ad nutum*, collocando la distinzione tra recesso *ad nutum* e per giusta causa nella fattispecie del recesso straordinario.

Il recesso *ad nutum* viene esercitato liberamente nel senso che la parte, a cui vantaggio è attribuito il diritto di recesso, può in ogni momento e senza doverne dare alcuna giustificazione, recedere dal contratto: esso consiste nel potere di derogare alla impegnatività del contratto, fondato esclusivamente sulla unilaterale volontà di una parte.²⁴⁷

Allo scopo di fissare i limiti dell'esercizio del diritto di recesso, la stessa Suprema Corte richiama la clausola generale della buona fede, da tempo assurta a fondamento normativo, per sindacare la legittimità dell'esercizio concreto di poteri attribuiti dalla legge o dal contratto, compreso quello di sciogliersi unilateralmente dal vincolo negoziale, soffermando poi l'attenzione su una figura giuridica tra le più nobili e controverse, qual è l'abuso del diritto, e infine mostrandosi sensibile, nell'ulteriore riferimento al principio di proporzionalità, ai più recenti suggerimenti dottrinari sul tema della giustizia contrattuale, intorno al quale si concentra forse il più considerevole dibattito della civilistica contemporanea.²⁴⁸

Al riguardo è da sottolineare l'intimo legame tra il divieto di abuso del diritto e la clausola generale di buona fede, che nei recenti orientamenti della giurisprudenza, ha spinto i suoi effetti anche nel campo del diritto processuale.²⁴⁹

²⁴⁶ G. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. I – Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Milano, 1962, p.207.

²⁴⁷ S. SANGIORGI., *Recesso, Enc. GT Treccani*, XXVI, Roma, p. 3. Il potere di recedere *ad nutum* non sempre è concesso ad entrambe le parti: tale facoltà è ad essa attribuita nella somministrazione (art. 1569 c.c.), nel mandato, nel contratto di società (art. 2285). Invece in altri contratti solo una delle parti può recedere liberamente. E' il caso del contratto di lavoro subordinato, nel quale solo il dipendente può recedere *ad nutum*; del contratto d'appalto (art. 1617). La circostanza che il diritto di recesso *ad nutum* sia accordato alla parte da una valida clausola contrattuale elimina ogni dubbio circa la legittimità del suo esercizio, rispetto alla quale un eventuale sindacato si sostanzierebbe quindi in una "...*valutazione politica, non giurisdizionale dell'atto...*" (Cass. Civ., III sez., 18 settembre 2009, n. 20106).

²⁴⁸ L'interesse che l'abuso del diritto continua a riscuotere nella dottrina è testimoniato dalle recenti opere monografiche sul tema: N. LIPARI, *parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.*, 2008, p. 18 ss.; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007; M. MARTINES, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006; M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2004; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, pp. 21 ss.

²⁴⁹ R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Il diritto soggettivo*, a cura di - ALPA - GRAZIADEI - MONATERI SACCO, in *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2001, p. 370 ss. (riferendosi all'abuso del diritto si parla di "categoria parassita"). E' frequente l'opinione per cui l'introduzione dell'obbligo di buona fede nei rapporti obbligatori avrebbe privato di utilità il riferimento alla teoria dell'abuso del diritto. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 76 ss.; U.

Lo “scopo” per il quale il diritto di recesso *ad nutum* viene ammesso dal legislatore non è altro che quello di consentire al recedente di potersi sciogliere dal contratto senza la necessità di addurre alcuna particolare motivazione e/o causa giustificatrice. Tale “scopo” non è violato se il contraente recede immotivatamente e, pertanto, non può censurarsi l’esercizio del diritto sotto il profilo della causa che lo ha determinato, poiché, così facendo, si introdurrebbe *ex post* una nuova qualificazione del diritto ad opera del giudice.

Infatti, qualora un contratto preveda il diritto di recesso *ad nutum* in favore di una delle parti, il Giudice del merito non può esimersi, per il semplice fatto che i contraenti hanno previsto espressamente quella clausola in virtù della loro libertà e autonomia contrattuale, dal valutare se l’esercizio di tale facoltà sia stato effettuato nel pieno rispetto delle regole di correttezza e buona fede cui deve improntarsi il comportamento delle parti del contratto.

La mancanza della buona fede in senso oggettivo, espressamente richiesta dagli artt. 1175 e 1375 c.c. nella formazione e nell’esecuzione del contratto, può rivelare un abuso del diritto, ossia un esercizio volto a conseguire fini diversi da quelli per i quali il diritto stesso è stato conferito.²⁵⁰

Ed è proprio il canone della buona fede il fondamentale criterio di valutazione del comportamento delle parti nell’esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.).²⁵¹

NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 3 ss.. Lo scetticismo verso la possibilità di costruire una figura unitaria dell’abuso del diritto all’interno dell’ordinamento italiano sembra emergere anche nelle considerazioni di S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Digesto priv.*, I, Torino, 1987, p. 4 ss.

²⁵⁰ Cass. Civ., III sez., 18 settembre 2009, n. 20106.

²⁵¹ Ha dunque ragione la Cassazione quando, nella sentenza di cui sopra, sostiene la sottoposizione dell’atto di esercizio del diritto di recesso al criterio valutativo della buona fede. Tale affermazione è, al contempo, un’affermazione che si palesa erronea nel momento in cui i Giudici che la fanno, mostrano di ritenere che tale controllo si identifichi con il controllo alla stregua del criterio dell’abuso del diritto. Al riguardo si veda: M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto, op. cit.*, p. 740 ss., secondo cui il rispetto del principio di buona fede esige, fra l’altro, che il potere di recesso unilaterale sia esercitato in maniera da salvaguardare l’interesse dell’altra parte se ciò non comporti per il recedente un apprezzabile sacrificio “...così l’importanza che il rapporto può avere per la parte, e la difficoltà di trovare un immediato rimpiazzo, possono richiedere che l’atto di recesso sia comunicato con un congruo preavviso...”. F. SANTORO, *L’abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 766 ss. L’autore, che muove dall’identificazione tra abuso del diritto ed esercizio scorretto o di mala fede del diritto, configura l’ipotesi dell’abuso in presenza di un affidamento della controparte e della mancanza di “una giusta causa” che renda ragione dell’atto abdicativo, e per parare l’obiezione secondo cui in tal modo si finisce per eliminare qualsiasi differenza tra il recesso *ad nutum* e le altre ipotesi per le quali il legislatore prevede l’esistenza di una giusta causa, osserva che la distinzione permarrebbe, oltre che per la diversa distribuzione dell’onere della prova, anche perché nel caso di recesso *ad nutum* l’assenza di una attendibile ragione non viene in rilievo in sé, ma solo quale indice di un esercizio scorretto del diritto; C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, in AA.VV., *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, a cura di DI MARZIO, Milano, 2001, p. 357 ss. Quanto alla giurisprudenza, va menzionata soprattutto quella in materia di esercizio “abusivo” del diritto di recesso della banca dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato: Cass. Civ., 21 maggio 1997, n. 4538, in *Giust.*

Le norme che sanciscono rispettivamente, in tema di obbligazioni, il dovere di comportarsi secondo correttezza (art. 1175 c.c.) e, in materia di esecuzione di contratti, la necessità che la medesima avvenga secondo buona fede (art. 1375 c.c.), costituiscono principi generali dell'ordinamento giuridico dei rapporti tra privati, operando tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio, quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto.²⁵²

Correttezza e buona fede assurgono a fonti d'integrazione dell'obbligazione e del contratto in quanto arricchiscono il rapporto obbligatorio inteso ponendo nuovi oneri e doveri a carico delle parti,²⁵³ costituiscono, in sostanza, una specificazione dei doveri di solidarietà sociale imposti dall'art. 2 C. e offrono al Giudice un utile strumento di controllo, anche in senso modificativo od integrativo, dello statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi.

Potrebbe ricorrere la fattispecie dell'abuso se, in presenza dei presupposti che ne consentono l'esercizio, il recesso venga posto in essere non tanto per porre termine al rapporto, quanto piuttosto per indurre la controparte a "rinunciare", in vista di una revoca del recesso, ad alcune pretese derivanti dal pregresso svolgimento del rapporto, o per rinegoziare un rinnovo del rapporto a condizioni più vantaggiose e da una posizione di

civ., 1998, p. 509, Cass. Civ., 14 luglio 2000, n. 9321, in *Corr. Giur.*, 2000, p. 1479 ss.; Cass. Civ., 21 febbraio 2003, n. 2642, in *Giust. Civ.*, 2003, p. 375 ss. Si veda anche F. GALGANO, *Abusi del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 18 ss.; M. BARALDI, *Le mobili frontiere dell'abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum dall'apertura di credito a tempo indeterminato*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 927 ss.

²⁵² Mai esplicitato, nel nostro ordinamento, in una norma positiva, il divieto di abuso del diritto trova testuale riconoscimento nell'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il contenuto della quale è oggi richiamato dall'art. 6, comma 1, Trattato UE, come modificato dal Trattato di Lisbona, ratificato con L. 2 agosto 2008, n. 130. In generale, v. M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003, 211 ss. R. SACCO, *Il diritto soggettivo. L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Torino, 2001, p. 373 ss. La sovrapposizione tra buona fede e abuso del diritto è abbastanza diffuso in dottrina, basti pensare a U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ., op. cit.*, p. 26 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, p. 556 ss., il quale, intitola il cap. XV "il dovere di buona fede e l'abuso del diritto", anche se poi prospetta un'interferenza fra i due criteri solo a proposito dell'esecuzione del contratto, osservando che "... la violazione del dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto può anche configurarsi come abuso del diritto...". Circa tale sovrapposizione va osservato come la possibilità di fondare l'abuso sulla regola della buona fede sembra avere una sua plausibilità, ma solo in via di posizione astratta del problema, per quanto riguarda il nostro ordinamento, solo in materia di diritti relativi e più in generale di diritti scaturenti da un contratto: diritti per il cui esercizio il legislatore enuncia il criterio della correttezza/ buona fede

²⁵³ In particolare: in capo al creditore, vietandogli di abusare del suo diritto e obbligandolo ad attivarsi nell'interesse del debitore al fine di evitare o contenere gli imprevisti aggravati della prestazione o le conseguenze dell'inadempimento; in capo al debitore, imponendogli non solo di eseguire la prestazione prevista nel titolo, ma anche di operare al fine di realizzare o di preservare gli interessi del creditore che, pur non rientrando nel risultato dovuto, sono connessi alla prestazione.

maggiore “ forza ”, derivante dal timore che la relazione contrattuale possa interrompersi definitivamente.²⁵⁴

L’espressione “ abuso del diritto” talvolta si presenta contraddittoria, infatti, se da un lato la nozione di diritto soggettivo si riferisce ad una libertà garantita all’individuo da una norma giuridica nei confronti di uno, o più, o di tutti gli altri soggetti dell’ordinamento, per altro verso, quella di abuso implica che l’esercizio di tale libertà possa dar luogo a responsabilità, cosicché un atto lecito diviene fonte di responsabilità.²⁵⁵

La dottrina, portando alle estreme conseguenze tale assunto, ha sostenuto che la figura dell’abuso del diritto può considerarsi eliminata. Ciò non implica, però, che esso non sussista come fenomeno sociale e metagiuridico, nonché come costante ineliminabile dell’esperienza.²⁵⁶

L’abuso del diritto starebbe ad indicare il complesso indeterminato delle fattispecie in cui un comportamento che formalmente corrisponde all’esercizio di un diritto soggettivo debba ritenersi non conforme a diritto e perciò sprovvisto di tutela giuridica alla luce di un criterio non formale di valutazione.²⁵⁷

Pertanto, non ci si dovrebbe limitare al riscontro oggettivo della sussistenza o meno della giusta causa di recesso contrattualmente pattuita, dovendosi accertare che il recesso non sia stato esercitato con modalità imprevedute ed arbitrarie tali da contrastare con la ragionevole aspettativa del contraente che abbia fatto legittimo affidamento sulla prosecuzione del contratto.²⁵⁸

²⁵⁴ E’ opportuno sottolineare che la rinegoziazione delle condizioni contrattuali, dopo aver esercitato il recesso dal rapporto, non è di per sé indice di un comportamento di abuso del diritto di recesso. Può ben darsi infatti che una parte si sia riservata nel contratto la facoltà di recedere e che l’altra parte abbia accordato tale facoltà proprio al fine di disporre di uno strumento per potersi sciogliere dal vincolo in presenza di una mutata situazione di mercato, o, comunque, di un cambiamento delle condizioni dalle quali deriva la convenienza soggettiva dell’operazione: In tal caso, rinegoziare con la medesima controparte le condizioni del rapporto, al fine di pervenire alla stipula di un nuovo e più conveniente contratto, non costituisce di per sé un comportamento che denoti l’abusività del precedente recesso. Si tratta di fattispecie che potrebbero integrare l’ipotesi di cui all’art. 1438 c.c.: cos’ ad es. nel caso in cui la minaccia del recesso sia prospettata al fine di concludere una transazione vantaggiosa, oppure per stipulare un accordo modificativo e/o novativo dei precedenti patti.

²⁵⁵ G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla scia dell’abuso del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 24 ss.

²⁵⁶ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile, op. cit.*, p. 76 ss. “...*Quella figura, oggi, non ha più ragion d’essere, perché il diritto soggettivo arriva fin dove comincia la sfera d’azione della solidarietà: quindi gli atti emulativi e gli altri non rispondenti a buona fede o alla correttezza, come contratti alla solidarietà, non rientrano nel contenuto del diritto soggettivo, non costituiscono un abuso, al contrario ne sono fuori. Costituiscono un eccesso dal diritto e, in quanto tali, si intende agevolmente che possano essere illeciti, secondo le norme generali...*”.

²⁵⁷ Elementi costitutivi di tale fenomeno sarebbero: la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; la circostanza che tale esercizio concreto, anche se rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico.

²⁵⁸ Cass. Civ. 16 ottobre 2003, n. 15482, in *Giur. it.*, 2004, p. 2065 ss. In tale decisione la Suprema Corte stabilisce il principio che la corrispondenza a buona fede dell’esercizio del diritto di recesso, contrattualmente previsto, nella specie per il contratto di fornitura, deve essere valutata nel

Anche nelle elaborazioni dottrinali di un diritto contrattuale europeo la buona fede riveste un ruolo di primaria importanza nella disciplina dell'intera vicenda contrattuale. Così, i *Principles of European Contract Law* nel definire il concetto di autonomia contrattuale, stabiliscono che le “*parti sono libere di stipulare contratti e di determinarne il contenuto, nel rispetto della buona fede e della correttezza*” (art. 1:102, comma 1) 422; in materia di interpretazione degli stessi *Principles* si avverte che “*particolare attenzione deve essere data all’esigenza di promuovere la buona fede e la correttezza*” (art. 1:106, comma 1); tra gli obblighi generali cui sono tenute le parti è indicato quello di “*agire nel rispetto della buona fede e della correttezza*” (art. 1:201); nell'ambito delle trattative si ritiene configurabile una responsabilità precontrattuale in capo alla parte che “*ha condotto o ha interrotto le trattative in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza*” (art. 2:301).

Viene, poi, indicata come causa di annullamento del contratto per errore, il comportamento della parte che “*in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza, abbia lasciato che la parte in errore vi rimanesse*” (art. 4:103).²⁵⁹

Andando poi ad esaminare i Principi dell'*Acquis* comunitario la buona fede viene indicata quale parametro per valutare il comportamento delle parti durante le trattative (2:101)²⁶⁰ e quello del debitore nell'adempimento delle obbligazioni, (art. 7:101)431, nonché per definire la vessatorietà delle clausole non negoziate (art. 6:301).

In questo complesso contesto di indicazioni, il Libro verde propone di introdurre in materia di tutela del consumatore un espresso riferimento alla buona fede e propone tre possibili opzioni.

Più in particolare, al di là dell'opzione che propone di non inserire in tal senso alcuna clausola generale (opzione 2), ci si interroga sull'opportunità di sottoporre soltanto l'agire dei professionisti all'osservanza dei principi di buona fede e di commercio leale (opzione 1), ovvero di estendere tale previsione anche al comportamento dei consumatori (opzione 3).

Analizzando tale questione in un'ottica di tutela del consumatore la soluzione preferibile risulta essere quella che limita esclusivamente ai professionisti l'operatività di una siffatta previsione e tale prospettiva sembra trovare conferma anche in alcune disposizioni normative.

complessivo contesto dei rapporti intercorrenti tra le parti, onde accertare se il recesso sia stato esercitato o meno secondo modalità e tempi che non rispondono ad un interesse del titolare del diritto meritevole di tutela, ma soltanto allo scopo di recare danno all'altra parte incidendo sulla condotta sostanziale che le parti sono obbligate a tenere per preservare il reciproco interesse all'esatto adempimento delle rispettive prestazioni.

²⁵⁹ A questa previsione si aggiunge quella che ammette la possibilità di inserire delle clausole nel contratto che limitano le tutele concernenti l'errore e le informazioni inesatte salvo che l'esclusione o la limitazione sia in contrasto con la buona fede e la correttezza (art. 4:118).

²⁶⁰ Con la specificazione che in questa fase si intende per “comportamento contrario a buona fede” quello tenuto dalla parte che “instaura o prosegue una trattativa senza essere realmente intenzionata a cercare di raggiungere un accordo” (art. 2:103).

Così possono essere richiamate diverse norme del codice del consumo: l'art. 2, comma 2, *c-bis*, che indica tra i diritti dei consumatori quello “*all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà*”; e nello stesso ambito l'art. 20, comma 2, definisce pratica commerciale scorretta quella “*contraria alla diligenza professionale*”, ossia quella che, ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. *h, c. cons.*, si pone in contrasto con “*il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista*”.

L'art. 39 *c. cons.*, poi, con una norma di carattere generale, ma esclusivamente rivolta a stabilire regole nelle attività commerciali, prevede che queste debbano essere improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori.

Ne consegue che per verificare se vi sia stata una violazione dei diritti dei consumatori la buona fede e la correttezza divengono dei criteri di valutazione del comportamento del professionista sia nella fase precontrattuale che in quella di esecuzione del contratto.

Nel diritto italiano le definizioni più risalenti riferivano l'interpretazione “*secondo buona fede*” a quella che si svolge in modo conforme “*alla intenzione delle parti e allo scopo che esse si sono proposte contrattando*”.²⁶¹

Abbandonata l'equivalenza fra buona fede e volontà si è preso posizione per un significato più oggettivo. Da qui l'idea che la buona fede espliciti il rilievo di una “*reciproca lealtà di condotta fra le parti*”, ma la definizione non aggiunge niente al significato dell'art. 1366 *c.c.*²⁶²

Si afferma nelle sentenze di legittimità che la clausola generale amplia i diritti e gli obblighi delle parti, sicché il criterio interpretativo che la richiama impone di tener conto di tale integrazione e indica all'interprete la necessità di individuare il contenuto effettivo dei diritti e doveri delle parti e di ricercare il senso più rispondente ad un'attività corretta dei contraenti.²⁶³

Ciò assegna alla buona fede un significato compiuto e utile.

²⁶¹ R. SACCO, *L'interpretazione* in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto* in *Tratt. dir. civ.*, a cura di SACCO, *op. cit.*, p. 375 ss.

²⁶² C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1983, p. 197 ss. Si utilizza l'art. 1366 per “rettificare dettagli di un negozio, cancellandone quanto inserito grazie all'abuso del disagio o della momentanea mancanza di discernimento della controparte”.

²⁶³ Qualche dubbio esprime la Cassazione in tema di interpretazione del contratto sull'opportunità di utilizzare altri criteri quando il senso letterale delle parole conduca a risultato di certezza. Ma, di recente, si reputa sempre necessario il criterio ermeneutico evocato dalle varie clausole contrattuali. (cass. Civ., 11 giugno 1999 n. 5747, in *Giur. it.*, 2000, p. 705) e fondato sull'insieme delle regole comportamentali di lealtà e correttezza che può condurre ad individuare doveri strumentali al soddisfacimento delle parti contraenti, anche in caso di mera “inerzia cosciente e volontaria” (Cass. Civ., 12 novembre 1992, n. 12165, in *Giust. Civ. Mass.*, 1992, 11; Cass. Civ., 17 febbraio 2004 n. 2992, in *Dir. giust.*, 2004, p. 34).

Ne è prova una recente sentenza della Cassazione italiana²⁶⁴ secondo la quale, quando si fa valere un contegno in mala fede di una parte, disatteso dal giudice di merito, si deve denunciare nel ricorso, a pena di ammissibilità, la violazione della regola interpretativa.

E', pertanto, evidente lo stretto legame tra accertamento della scorrettezza del contegno esecutivo di una clausola e regola interpretativa.

Ciò può apparire in contrasto con il *Common frame of reference* (DCFR) che presenta segni di ambiguità nell'articolo III 1:103 e una novità rispetto al testo dei Principi Lando.²⁶⁵

La cultura anglosassone tende a ragionare in termini di rimedi e di limite ad esperire rimedi, mentre teme, da sempre, il proliferare di diritti, specie di fonte non ben definita.

Per alcuni, il contratto non negoziato stipulato fra professionista e consumatore deve essere interpretato graduando i criteri esegetici, ma ricostruendo ancora la " comune intenzione delle parti" intesa come " risultato avuto di mira dalle parti".²⁶⁶

Altri reputano che al contratto non negoziato tra professionista e consumatore non sia applicabile il criterio dell'interpretazione soggettiva e ciò con varie giustificazioni.²⁶⁷ La clausola della buona fede svolge un compito primario nel fissare il contenuto del contratto e nel necessario richiamo dei diritti e obblighi che sorgono per le parti dal testo e dalla legge. Tale funzione è utilissima anche nell'interpretazione dei contratti fra un professionista e un consumatore.

La Suprema Corte di Cassazione civile, nella sentenza n. 20106 del 18 settembre 2009 ha affermato che il principio della buona fede oggettiva,

²⁶⁴ Cass. Civ., 11 agosto 2000, n. 10705, in *Giust. civ., Mass.*, 2000, p. 1778.

²⁶⁵ L'art. III 1:103 dispone che l'inadempimento dell'obbligo di buona fede non comporta un rimedio per l'inadempimento, ma può precludere alla persona inadempiente di esercitare o fare affidamento su un diritto, rimedio o difesa che essa avrebbe. In esso si dice che la violazione della buona fede non comporta inadempimento, al contrario di quanto sostiene la giurisprudenza italiana, ma ciò non esclude affatto che dal dovere di *good faith* possano sorgere nuovi obblighi e diritti. Non fosse altro perché la disposizione riconosce al contraente in buona fede contro l'altro in mala fede, il diritto di impedire l'esercizio di un diritto, rimedio o difesa. Si veda H. BEALE, *General clauses and specific rules in The principles of European contract law: the good faith clause*, in S. GRUNDMAN e D. MAZEAUD, *General clauses and standard in European contract law*, Kluwer law international, 2006, p. 205-218. E' evidente l'esclusione della buona fede come strumento onnicomprensivo di controllo, limitandone il contenuto ad un giudizio di ragionevolezza. In senso contrario O. LANDO, *Is good faith an over-arching general clause in the principles of European contract law?*, in *European review of private law*, 2007, 6, p. 841 ss. V.M. HESSELINK, *Common frame of reference & social justice, Centre for the study of European contract law working paper series n. 2008/04*, in <http://ssrn.com>; S. WHITTAKER & R. ZIMMERMAN, *Good faith in European contract law: surveying the legal landscape*, in R. ZIMMERMAN & S. WHITTAKER, *Good faith in European contract law*, Cambridge, 2000, pp. 7-68; F. VIGLIONE, *L'interpretazione del contratto nella common law inglese. Problemi e prospettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 134 ss.

²⁶⁶ N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim.*, 1999, p. 1140 ss.; S. MARTUCCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, Milano, 2000; C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale dell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, p. 947 ss.; B. SIRGIOVANNI, *Interpretazione del contratto non negoziato con il consumatore*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 729 ss.

²⁶⁷ A. GENOVESE, *Contratti standard e interpretazione oggettiva*, Milano, 2004, p. 26 ss.; G. STELLA RICHTER, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. trim.*, 1997, p. 1027 ss.

deve accompagnare il contratto nel suo svolgimento, dalla formazione all'esecuzione, ed, essendo espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 della Costituzione, impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire nell'ottica di un bilanciamento degli interessi vicendevoli, a prescindere dall'esistenza di precisi obblighi contrattuali o di norma specifiche.²⁶⁸

Il criterio della buona fede costituisce, quindi, uno strumento, per il Giudice, finalizzato al controllo, anche in senso modificativo o integrativo, dello statuto negoziale; e ciò quale garanzia di contemperamento degli opposti interessi. Il Giudice, quindi, nell'interpretazione secondo buona fede del contratto, deve operare nell'ottica dell'equilibrio fra i detti interessi.

I Giudici del Supremo collegio premettono che “ *...l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce ... un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica ...* ” e che la rilevanza di tale obbligo “ *... si esplica nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge* ”²⁶⁹, sicché il criterio della buona fede costituisce strumento, per il Giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi.

La Corte di Cassazione in una recente sentenza sui contratti di investimento e la violazione degli obblighi di informazione posti a carico degli intermediari finanziari, ha offerto un ripensamento decisivo sul rapporto fra regole di responsabilità e di validità e sull'obbligo di buona fede nella fase precontrattuale.²⁷⁰

Si è osservato che la violazione delle norme di comportamento nella fase di formazione e di esecuzione del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, non determina nullità ma responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto quando non siano correttamente adempiuti

²⁶⁸ nella specie, la Corte ha accolto il ricorso dei venditori di auto cui Renault Italia aveva revocato la concessione con un recesso “*ad nutum*”. A detta della Corte, i giudici del merito erano caduti in errore laddove avevano affermato che l'esercizio del potere di recesso consentito dal contratto non potesse essere controllato dal giudice quanto a ragionevolezza perché altrimenti la valutazione sarebbe stata di natura “politica”.

²⁶⁹ Nella fattispecie, la Suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza della Corte territoriale la quale, relativamente al contratto di concessione di vendita intercorrente tra una nota casa automobilistica e i suoi numerosi concessionari, aveva erroneamente ritenuto che l'espressa previsione contrattuale del recesso “*ad nutum*” in favore della casa automobilistica non potesse consentire al giudicante nessun sindacato sull'esercizio di tale facoltà, non essendo necessario alcun controllo causale circa l'esercizio di un potere che rientrava nella libertà di scelta dell'operatore economico in un libero mercato. Si noti come in realtà la Corte modifichi la corrente definizione della buona fede, che si legge in numerose sue pronunce: “*atteggiamento di cooperazione e di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di tenere, al di là degli specifici obblighi scaturenti dal vincolo contrattuale e dal dovere del *neminem laedere*, quei comportamenti che senza comportare apprezzabile sacrificio a suo carico risultino idonei a salvaguardare gli interessi dell'altra parte*”.

²⁷⁰ G. VETTORI, *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obbl. cont.*, 2007, 10, p. 785 ss.

il dovere di protezione e gli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente.

Ciò si ricava da un'attenta ricognizione dei principi del codice civile e, in particolare, dell'obbligo di buona fede, esaminato come vero prototipo delle regole di comportamento.

Si ribadisce il “ principio immanente dell'intero sistema giuridico” che ha base nel dovere di solidarietà fissato nell'art. 2 della Costituzione e si ricorda che la violazione di quella clausola generale si può riflettere in casi specifici sugli effetti dell'atto, ma non produce mai nullità radicale pur avendo carattere imperativo.

Il dovere di buona fede ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite.

Quando si conclude un contratto la violazione della buona fede nella fase preliminare non può che rimanere assorbita “ nella disciplina dello stesso contratto e nella connessa responsabilità per inadempimento, con conseguente identità” della situazione giuridica tutelata e del danno risarcibile che va oltre l'interesse negativo.²⁷¹

E' stato osservato che la clausola generale di buona fede opera tanto sul piano dei comportamenti delle parti del singolo rapporto obbligatorio a norma dell'art. 1175 c.c., quanto sul piano del complessivo assetto di interessi derivanti dal contratto a norma dell'art. 1375 c.c., costituendo un autonomo dovere giuridico, specificazione degli inderogabili principi di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., che consente al giudice di controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio tra gli opposti interessi.

La violazione del principio di buona fede costituisce di per sé inadempimento, e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato.²⁷²

Nel quadro descritto, l'abuso del diritto, che consiste nell'esercitare un diritto per realizzare interessi diversi da quelli per i quali esso è riconosciuto dall'ordinamento giuridico, determinando una ingiustificata sproporzione tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio cui è soggetta la controparte, costituisce indice rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva.

²⁷¹ G. VETTORI, *Contratti di investimento e rimedi*, op. cit., p. 790 ss; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, p. 179 ss.

²⁷² Cass. n. 20106/2009 in *Contr.*, 2010, 5.

3.3 Rapporti tra diritto di recesso e nullità di protezione

a) Nullità virtuale o nullità di protezione: un'alternativa all'esercizio del diritto di recesso? La posizione della giurisprudenza

Avviene sempre più frequentemente che il legislatore, sia comunitario che interno, lasci scoperto il profilo del rimedio da ricollegare alle violazioni delle norme che via via egli va introducendo, aprendo così la strada alla questione della configurabilità, di volta in volta, di un'ipotesi di nullità virtuale.²⁷³

Sul versante specifico della nullità, il dilagare della nullità di protezione ha posto il problema della permanente unitarietà della figura stessa, o, quanto meno, il problema di un rovesciamento del rapporto regola/eccezione rispetto a tutti i profili che connotano l'unica disciplina organica della nullità che resta ancora quella contenuta negli artt. 1418-1424 c.c.

Accanto a forme di nullità testuali di protezione figurano fattispecie catalogabili come nullità virtuali di protezione : cioè ipotesi ove la nullità opera anche in assenza di un'indicazione espressa.²⁷⁴

Il moltiplicarsi di regolamentazioni “ cogenti”, specie nel settore della legislazione consumeristica, ha fatto poi esplodere il problema della nullità virtuale, aggiungendo, peraltro, alle difficoltà che da sempre la norma dell'art. 1418, comma 1 c.c. pone agli interpreti, l'ulteriore problema relativo alla disciplina a cui assoggettare le nullità in ipotesi dedotte dalla violazione di norme poste a protezione di uno dei contraenti, problema riassunto nella domanda se sia ammissibile, e a quali condizioni, una nullità virtuale di protezione.²⁷⁵

²⁷³ La norma comunitaria è destinata ad innestarsi in ordinamenti alquanto diversi l'uno dell'altro: il che è sufficiente a sconsigliare l'imposizione, in relazione alle diverse discipline che si vanno introducendo, di specifici rimedi, facendo ritenere sufficiente l'individuazione delle diverse fattispecie, e lasciando ai legislatori dei singoli ordinamenti la libertà di ricollegare a tali fattispecie il rimedio ritenuto più opportuno, e, soprattutto, più conforme alla tradizione e al sistema proprio di ciascun ordinamento. La direttiva 13/93 si limitava a prescrivere che “ gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore e un professionista non vincolino il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive” (art. 6, n. 1 dir. cit.). Va osservato che se da un lato la mancata indicazione specifica del rimedio consente una opportuna flessibilità della regola comunitaria che deve essere introdotta nei singoli sistemi nazionali, dall'altro c'è il pericolo che la possibilità che per la stessa fattispecie i diversi ordinamenti mantengano rimedi differenti pregiudichi la finalità di armonizzazione che il legislatore comunitario si ripromette. A quest'ultimo problema mostra di prestare crescente attenzione anche il legislatore comunitario, che si orienta sempre più verso forme di armonizzazione completa, come dimostra la recente Proposta di direttiva CEE sui diritti dei consumatori dell' 8 ottobre 2008, che all'art. 4 stabilisce che “ gli Stati membri non possono mantenere o adottare nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso”.

²⁷⁴ A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 145 ss.; A. ALBANESE, *Contratto. Mercato. Responsabilità*, Milano, 2008, p. 83 ss.

²⁷⁵ La circostanza che buona parte di quella che chiamiamo legislazione consumeristica in materia contrattuale sia di derivazione comunitaria non legittima di per sé a parlare di nullità europea, non

Da una premessa che insiste sull'esistenza di un reticolo di norme imperative di protezione, si può dedurre il corollario che la logica protettiva non integra più una di quelle eccezioni alla regola generale di cui all'inciso finale dell'art. 1418 c.c.

Poiché la maggior parte di queste previsioni detta degli obblighi di informazione, cioè forme di concretizzazione della clausola generale di buona fede, può maturare la convinzione che sia possibile configurare una nullità innominata di protezione. Ovvero una nullità desumibile *ope interpretationis* dalla violazione di una regola di correttezza o di trasparenza.²⁷⁶

La sovrapposizione tra il problema della nullità virtuale e il principio di separazione tra regole di validità e regole di comportamento, è assolutamente fuorviante e segnala un'idea non condivisibile della portata e del significato del principio in esame, frutto di alcuni equivoci.

Il primo equivoco è indotto dall'espressione “ regole di comportamento”, usata per designare dei tipi di regole che si vogliono contrapposte come tali alle regole di validità, e alla cui violazione consegue dunque un rimedio diverso dalla invalidità, un rimedio di tipo risarcitorio.

E' ovvio che se si considera l'espressione *regole di comportamento* nella sua estensione letterale, la contrapposizione alle regole di validità perderebbe qualsiasi significato, perché, secondo un accreditato orientamento di teoria generale del diritto, tutte le regole giuridiche sono regole di condotta e tali devono, dunque, considerarsi anche le regole di validità.

La legislazione a tutela dei consumatori ha comportato il ricorso sempre più frequente all'uso della nullità in contesti caratterizzati: dalla circostanza che il rimedio invalidatorio sia utilizzato allo scopo di fornire protezione in via diretta e immediata all'interesse di uno dei contraenti; dalla circostanza che la nullità si presenti non tanto come nullità del contratto nella sua interezza, non essendo interessati gli elementi essenziali dell'atto e cioè: l'oggetto, la causa, l'accordo, la forma, quanto piuttosto come nullità di singole clausole;²⁷⁷ dalla circostanza che nel caso in cui

foss'altro perché il legislatore comunitario ben di rado si avventura a individuare e qualificare il tipo di rimedio col quale vuole che siano sanzionate le violazioni delle proprie prescrizioni. In tale prospettiva, la formula nullità europea non può che essere intesa come un'espressione ellittica per indicare fattispecie in cui un legislatore nazionale ha deciso di prevedere come rimedio per la violazione di una norma di derivazione comunitaria la sanzione della nullità del contratto o di singole sue clausole, in luogo di altre eventualmente ed astrattamente utilizzabili e concretamente magari utilizzate dai legislatori di altri paesi.

²⁷⁶ V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici con postilla sul terzo contratto*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, III, Milano, 2008; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Milano, 2008, p. 268 ss.; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, a cura di ROPPO, V, Milano, 2006, p. 43 ss. F. GALFANO, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 426 ss.

²⁷⁷ In realtà la legislazione più recente registra una larga utilizzazione di prescrizioni di forma, ma non si tratta quasi mai di forma *ad substantiam actus*, e comunque in fatto il problema che sovente si pone non è tanto quello della mancata conclusione del contratto nella forma prescritta, ma piuttosto

venga in gioco la nullità di singole clausole e non dell'intero contratto, la sanzione della nullità venga limitata alle singole clausole, prevedendosi la non estensione all'intero contratto (nullità parziale necessaria), regola strettamente legata, al punto da costituirne una specie di conseguenza logica, a quella della legittimazione riservata al contraente protetto, essendo evidente : 1) che l'altro contraente, il professionista, non essendo legittimato a far valere la nullità delle singole clausole, non può neanche avvalersi di tale nullità per chiedere la caducazione dell'intero contratto;²⁷⁸ 2) che anche rispetto al contraente protetto, il limite alla possibilità di chiedere la nullità del contratto deriva dalla impossibilità di dimostrare come richiedere il comma 1 dell'art. 1419 c.c., “ *che egli non avrebbe concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto che risulta colpita da nullità ...* ”.²⁷⁹

Alcuni autori invocano la possibilità di applicare analogicamente il regime delle *nullità speciali* sul presupposto che non si tratterebbe più di ipotesi da considerare eccezionali.²⁸⁰

In un primo caso si può ipotizzare di trovarsi in presenza di una nullità testuale che sia priva di una disciplina specifica e per la quale si prospetti il dubbio se applicare le norme generali del codice civile, ovvero applicare il regime della nullità di protezione.²⁸¹

In tale ipotesi, si potrebbe dire che *ad essere virtuale non è tanto la nullità in sé considerata, ma il suo carattere protettivo*, che non è esplicitato dal legislatore, ma desunto dall'interprete alla luce della *ratio* della previsione legislativa.

della mancanza nel contratto di alcuni elementi di contenuto, il cui inserimento nel testo contrattuale il legislatore prescrive come obbligatorio.

²⁷⁸ In altre parole, rispetto al professionista, la regola della necessaria parzialità della nullità non è altro che una conseguenza logica della carenza di legittimazione ad agire per far valere la nullità delle singole clausole. La regola secondo cui questa nullità può essere dichiarata solo a vantaggio del consumatore infatti implica logicamente l'impossibilità del professionista di far valere una nullità dell'intero contratto che presuppone la possibilità di avvalersi della nullità delle singole clausole.

²⁷⁹ Deve riconoscersi che l'art. 1419 comma 1 c.c. è previsione che mal si attaglia alle fattispecie in esame, e che presuppone invece una nullità della clausola conseguente alla violazione non già di norme poste a protezione di uno dei contraenti, bensì di norme che tutelano interessi generali. Di qui il rilievo dato alla situazione in cui risulti che entrambi i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza la parte del suo contenuto colpita da nullità. Le cose cambiano quando la nullità è una nullità di protezione: in questo caso, infatti, la disposizione dell'art. 1419 comma 1, circa l'estensione della nullità all'intero contratto in conseguenza di un'essenzialità soggettiva delle clausole dichiarate nulle, finisce per risultare logicamente configgente con il meccanismo su cui si impernia tale rimedio. Solo la oggettiva essenzialità della clausola nulla può determinare la necessità di far cadere l'intero contratto se non è previsto un meccanismo di sostituzione della clausola nulla.

²⁸⁰ A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 145 ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. p. 88 ss.

²⁸¹ E' evidente che il problema della possibilità di ricorrere o meno in questi casi all'analogia, finisce per risolversi nel problema di stabilire se sia ravvisabile o meno nella previsione normativa della fattispecie di nullità di cui tratta quella diversa disposizione di legge cui alludono l'art. 1421 c.c., laddove ipotizza una deroga alla regola della legittimazione assoluta, o l'art. 1423 c.c., laddove ipotizza una deroga alla regola della invalibilità del contratto nullo. La circostanza che in casi simili sia stata dettata una disciplina che preveda una legittimazione relativa o la convalidabilità del contratto nullo, può spingere l'interprete a ritenere che analoga disciplina derogatoria sia implicita e debba essere riconosciuta nello scopo di tutela cui è preordinata la fattispecie di nullità che viene in considerazione.

Ben diverso è il caso in cui il legislatore abbia dettato una norma imperativa senza indicare espressamente la nullità quale rimedio per la sua violazione.

Pertanto, per pervenire alla configurazione di una nullità di protezione, bisogna risolvere un doppio problema: occorre stabilire se si sia in presenza di un caso in cui il contrasto con la norma imperativa determina la nullità, o, addirittura, nessun rimedio civilistico.²⁸²

Nelle ipotesi di nullità di protezione la sorte del contratto è rimessa alla scelta del contraente protetto, ma non tanto nel senso che a tale contraente venga attribuita la possibilità di caducare un contratto efficace, quanto soprattutto nel senso che a lui soltanto è data la possibilità di far produrre effetti ad una clausola o ad un contratto inizialmente idonei a produrli, convalidando la clausola o il contratto in questione.

Occorre configurare questa possibilità di convalida in termini differenti dal modello offerto dall'art. 1444 c.c. con riferimento al contratto annullabile: in quest'ultimo caso, convalidare il contratto significa rendere stabili e permanenti effetti che il contratto ha già prodotto; nel caso della nullità di protezione la convalida serve, invece, a consentire al contratto di produrre quegli effetti che esso originariamente era inidoneo a produrre.²⁸³

La Corte di giustizia il 26 ottobre 2006, nella causa C-168/05, Mostaza, ha precisato che l'art. 6, n.1, della direttiva 93/13/CEE, nel prevedere che le clausole abusive contenute in un contratto concluso tra un consumatore e un professionista “ non vincolano il consumatore”, contiene una norma imperativa che, in considerazione dell'inferiorità di una delle parti contrattuali, mira a sostituire all'equilibrio formale che il contratto

²⁸² Fattispecie di nullità qualificate dagli interpreti come di protezione, ancorché il legislatore abbia taciuto circa il profilo della legittimazione, sono indicate in G. BONFIGLIO, *La rilevanza di ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. di dir. priv.*, 2004, p. 868 ss. Rispetto alla nullità per vizio di forma prevista dall'art. 2 comma 1 L n. 192/1998 alla tesi che la configura come nullità relativa, si è obiettato che l'attribuzione al subfornitore del diritto al pagamento delle prestazioni effettuate, lascia intendere che la legittimazione a far valere la nullità debba considerarsi assoluta, secondo la regola generale. Si veda al riguardo F. DELFINI, *Contratto di subfornitura e contenuto*, in AA.VV., *La subfornitura* a cura di DE NOVA, Milano, 1998, pp. 11 ss. Non basta evocare una generica finalità di protezione di uno dei contraenti per poter pervenire alla qualificazione della nullità testuale come protettiva, ma occorre una accurata indagine circa la disciplina fornita dal legislatore per verificare che non vi siano aspetti di questa disciplina che collidano con l'ipotizzata natura protettiva della nullità.

²⁸³ F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938, pp. 495 ss., osservava che la nullità relativa “ ... è veramente nullità, ma può cessare per virtù dell'evento che sana il vizio ...”, aggiungendo che nullità relativa significa efficacia dell'atto soggetta alla condizione costituita dall'evento, che sana il vizio. F. ROCCO, *La convalescenza dei negozi giuridici e l'art. 137 del codice di commercio*, in *Studi di diritto commerciale ed altri scritti giuridici*, Roma, I, p. 343 ss., ipotizzava una nullità sanabile, che qualificava anch'egli come nullità relativa, con riferimento a negozi per la cui validità difettesse in origine la dichiarazione integrativa o autorizzava di un terzo. La convalida di cui si parla nel testo può essere accostata alla conferma od esecuzione volontaria delle disposizioni testamentarie o delle donazioni nulle: la differenza è che nella conferma od esecuzione volontaria l'efficacia dipende da un atto proveniente da soggetti diversi dall'autore della dichiarazione negoziale nulla, e non esclude che la dichiarazione di nullità possa essere pronunciata su istanza di altri soggetti legittimati all'azione. Nel caso della convalida, invece, provenendo l'atto dall'unico soggetto legittimato a far valere la nullità, la convalida determina l'efficacia definitiva del contratto convalidato.

determina fra i diritti e gli obblighi delle parti, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza delle parti stesse. Aggiunge, inoltre, che tale direttiva ha lo scopo di rafforzare la tutela dei consumatori e costituisce, ai sensi dell'art. 3 n. 1, lett. t), CE, un provvedimento indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per l'innalzamento del livello e della qualità della vita al suo interno²⁸⁴

Giova riproporre l'argomentazione seguita dalla Corte di Giustizia²⁸⁵ che appare stringente e coerente con la peculiare natura protettiva della nullità in oggetto; si sottolinea, infatti, da un lato “ che la natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori giustificano che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale, in tal modo ponendo un argine allo squilibrio tra il consumatore ed il professionista. Il giudice adito ha dunque il compito di garantire l'effetto utile della tutela cui mirano le disposizioni della direttiva. Di conseguenza, il ruolo così attribuito al giudice nazionale dal diritto comunitario nell'ambito di cui trattasi non si limita alla semplice facoltà di pronunciarsi sull'eventuale natura abusiva di una clausola contrattuale, bensì comporta parimenti l'obbligo di esaminare d'ufficio tale questione”.

Dall'altro si ha, però, cura di puntualizzare: “ nell'esecuzione di tale obbligo il giudice nazionale non deve tuttavia, in forza della direttiva, disapplicare la clausola in esame qualora il consumatore, dopo essere stato avvisato da detto giudice, non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante”.

La precisazione è opportuna e pienamente rispettosa dell'anima composita propria delle nullità di protezione: infatti, da un lato il qualificare

²⁸⁴ E' confermata l'idea che la rilevanza d'ufficio esprime un'esigenza fondamentale di protezione del consumatore che supera l'iniziativa del singolo consumatore proprio perché questi potrebbe per ragioni diverse non essere in grado di tutelare da solo tale interesse, il cui rango fondamentale merita, dunque una tutela azionabile *ex officio* dal giudice. La nullità di protezione, collocandosi all'interno di un codice di settore nato con mire particolarmente elevate e destinato, comunque, a rimanere quale fonte duratura, stabile, non episodica, né contingente della materia assume tutt'altra portata rispetto alla precedente collocazione che in fondo disperdeva la portata della norma escludendone eventuali ricadute su altre legislazioni di settore concernenti la protezione del consumatore.

Ciò sembra imporre una ricostruzione, ad opera dell'interprete, e dunque del giudice delle diverse ipotesi di nullità contemplate all'interno del codice del consumo alla stregua delle coordinate espresse a proposito della nullità di protezione disciplinata dall'art. 36 in tema di clausole abusive. E' necessario muovere da alcuni dati di riferimenti essenziali: a) la protezione del consumatore è divenuto *ex se* valore fondamentale all'interno dell'ordinamento positivo attraverso la Carta di Nizza; b) la matrice comunitaria delle nullità introdotte nel codice del consumo, che ora hanno avuto un incremento notevolissimo con l'adozione del decreto Bersani bis (d. l. n. 2/2007 conv. nella L. 40/2007), impone di interpretare le disposizioni che contemplano tale forma di protezione del consumatore alla luce del principio di effettività della tutela giurisdizionale; c) un dato comune sembra essere quello della rilevanza *ex officio* delle nullità e della legittimazione relativa; d) parimenti evidente appare il carattere della imprescrittibilità, mancando il quale verrebbe indiscutibilmente vulnerata proprio l'esigenza di protezione del consumatore.

²⁸⁵ Corte di giustizia CE, 26 ottobre 2006, causa C-168/05, in *Racc.*, 2006, 10412

l'esercizio dei poteri officiosi nel rilevare la nullità di un contratto o di una clausola di esso come un potere-dovere e non già come una semplice facoltà del giudicante è congruente con l'interesse pubblico alla regolamentazione del mercato su cui si fonda la direttiva, nonché funzionale alla tutela effettiva di tale interesse (cd. "effetto utile"); dall'altro l'esercizio del potere-dovere in oggetto non è assoluto ed incondizionato, come nelle nullità cd. tradizionali, bensì trova un possibile limite, di tipo sostanziale, nel concorrente e prioritario interesse del consumatore a mantenere in vita la clausola abusiva.

CAPITOLO IV

PROSPETTIVE DI RIFORMA DEL RECESSO DEL CONSUMATORE. PROBLEMI ANCORA APERTI.

4.1. La Comunità europea e il processo di revisione dell' *acquis communautaire*.

La nozione di consumatore ha formato oggetto di uno dei quesiti formulati dalla Commissione europea nel Libro Verde di revisione dell'*acquis communautaire*, presentato l' 8 febbraio 2007, avente come finalità quella di dare avvio ad un processo di riesame delle disposizioni comunitarie in tema di protezione dei consumatori.

La stessa si fonda sul presupposto che la frammentarietà e settorialità dei vari interventi normativi succedutisi in questa materia, appare in contrasto con l'obiettivo della realizzazione di un " effettivo mercato interno dei consumatori e con l'instaurazione di un giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela dei consumatori e la competitività delle imprese"²⁸⁶.

In questa prospettiva il Libro Verde ha individuato nella nozione di consumatore una delle questioni comuni a tutte le direttive ed ha sottolineato la necessità di indicarne una definizione coerente, che consenta di delimitare con maggiore accuratezza il campo dell'*acquis*.

Sono stati, così, prospettati due possibili interventi: il primo, prevedeva di allineare le varie definizioni esistenti nell' *acquis* senza cambiarne la portata, dovendosi in tal modo continuare a considerare consumatori le persone fisiche che agiscono a fini che esulano dalla loro attività commerciale, economica o professionale; ed il secondo proponeva un ampliamento della nozione di consumatore, all'interno della quale sarebbero dovute rientrare anche le persone fisiche che agiscono per fini che esulano essenzialmente dalla loro attività commerciale, economica e professionale.

Il riesame dell'*acquis* relativo ai consumatori può costituire una preziosa opportunità per modernizzare le attuali direttive in materia, semplificare e migliorare il contesto normativo nell'interesse sia degli

²⁸⁶Al riguardo si veda: S. CANNALIRE, *Osservatorio comunitario. Commento al Libro verde della Commissione europea del 8 febbraio 2007*, in *Contr.*, 2007, p. 393 ss.; G. BISOGNI, *Introduzione al convegno " Un diritto civile per l'Europa "*, Atti del convegno internazionale, Roma 17 febbraio 2007; V. RIZZO, *Relazione conclusive tenuta alla giornata di studio su " Tutela del consumatore e recenti interventi legislativi "*, Terni, Centro di studi giuridici sui diritti dei consumatori, 26 aprile 2007. Va specificato come oggetto di revisione siano soltanto le direttive comunitarie : n. 577 del 1985 sui contratti conclusi fuori dei locali commerciali, n. 314 del 1990 sui pacchetti vacanze, n. 13 del 1993 sulle clausole abusive, n. 47 del 1994 sulla multiproprietà, n. 7 del 1997 sui contratti a distanza, n. 6 del 1998 sull'indicazione dei prezzi dei prodotti offerti dai consumatori, n. 27 del 1998 sulle ingiunzioni per la protezione degli interessi dei consumatori, n. 44 del 1999 su alcuni aspetti della vendita di beni di consumo e sulle garanzie relative.

operatori che dei consumatori e, ove necessario, estendere la tutela offerta a questi ultimi.

Il dibattito sviluppatosi intorno al Libro Verde è culminato, dapprima, nella Risoluzione del Parlamento europeo del 6 settembre 2007, ove viene accolta la prima opzione formulata dalla Commissione europea e viene, quindi, affermato che “ *si ritiene essenziale definire come consumatore qualsiasi persona fisica che agisca a fini che esulano dalla sua attività professionale*” (punto 17 della Risoluzione).

Da ultimo, anche la Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori dell'8 ottobre 2008, sia pure limitatamente alla disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, dei contratti a distanza, della vendita e garanzia dei beni di consumo e delle clausole vessatorie, prospetta quale definizione orizzontale di consumatore quella secondo cui va considerato tale “ *qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale*”.²⁸⁷

Tali soluzioni sembrano non tenere conto dell'opportunità di estendere l'ambito di operatività della normativa predisposta a protezione degli interessi dei consumatori, anche a favore di categorie non ricomprese espressamente in essa che potrebbero, però, trovarsi in una situazione simile a quella del consumatore.²⁸⁸

Attualmente, le direttive non hanno definizioni coerenti dei concetti di consumatore e professionista. Differenze fra gli Stati membri possono essere notate, per esempio, laddove gli individui si trovino ad acquistare prodotti suscettibili di essere usati sia privatamente che professionalmente.

Diversi Stati membri hanno riconosciuto alle persone fisiche che agiscano per scopi che ricadono essenzialmente fuori dei loro affari o della loro professione, la medesima protezione accordata ai consumatori.

Inoltre alcune imprese, come gli imprenditori individuali o i piccoli imprenditori, possono a volte trovarsi in una situazione simile ai consumatori nell'acquisto di certi beni o servizi; ciò pone il quesito se essi debbano beneficiare in qualche modo della stessa tutela prevista per i consumatori.²⁸⁹

²⁸⁷ La Proposta mira a creare un unico strumento orizzontale con riferimento alle direttive 85/577/CEE, 93/13/CEE, 97/7/CE e 99/44/CE.

²⁸⁸ In realtà, va evidenziato come questa scelta risulti pienamente condivisibile tenuto conto che l'altra opzione se, da un lato, avrebbe condotto ad una applicazione più ampia della nozione di consumatore, dall'altro lato, non avrebbe introdotto un criterio idoneo a stabilire, in termini chiari, i limiti di tale estensione, lasciando ancora spazio ad interpretazioni diversificate circa la valutazione concreta se l'atto posto in essere sia essenzialmente diretto a soddisfare le esigenze della sfera professionale o piuttosto quelle della sfera personale o familiare.

²⁸⁹ Di conseguenza, la Commissione si spinge fino a chiedere con evidente prudenza e genericità se le nozioni di consumatore e di professionista esistenti nell'*acquis* debbano solo essere allineate senza cambiarne la portata, ovvero se esse debbano essere ampliate per includervi le persone fisiche che agiscono a fini che esulano essenzialmente (consumatore) o rientrano essenzialmente (professionista)

Il Libro Verde si propone come obiettivo dichiarato quello di realizzare un intervento di armonizzazione delle norme emanate sinora a livello comunitario, allo scopo di eliminare contraddizioni e lacune dell'*acquis* comunitario esistente; di realizzare l'adeguamento dell'*acquis* alle nuove tecnologie e in particolare alla negoziazione *on line*; di rendere coerente il sistema nel suo complesso eliminando contraddizioni e conflitti di norme anche a livello dei sistemi normativi nazionali.

nella loro attività commerciale, economica e professionale. Sulla stessa linea, poi, riguardo all'ipotesi specifica dei contratti fra privati in cui una parte agisca tramite un intermediario professionista, rilevato che in questi casi il consumatore non è protetto, nel documento si chiede se essi debbano essere considerati quali contratti stipulati con i consumatori. Negli anni recenti, gli economisti hanno mostrato un crescente interesse rispetto alla politica relativa ai consumatori. Ciò per due principali ordini di ragioni. In primo luogo, oggi, i consumatori affrontano decisioni maggiormente complesse, che coinvolgono più scelte, rispetto al passato. In secondo luogo, si è avuto lo sviluppo della c.d. "economia comportamentale", che tiene in maggiore conto le imperfezioni del processo decisionale dei consumatori, soggetti ai molteplici, talora ingannevoli, stimoli del mercato odierno. Questa considerazione, come affermato da noti esponenti della medesima branca dell'economia nel 2003, può dare luogo all'identificazione di una varietà di errori decisionali, che può condurre all'espansione dell'ambito della disciplina a tutela dei consumatori. In base alle teorie economiche più recenti, il consumatore odierno non si limita a massimizzare l'utilità derivante dai prodotti che gli sono offerti sul mercato, bensì svolge un ruolo più attivo, poiché in tale valutazione egli cerca di sfruttare al meglio i suoi "fattori di produzione", quali per esempio il tempo, il capitale umano, la conoscenza ecc. I beni o servizi che il consumatore acquista sul mercato costituiscono *input* allo stesso modo di tali fattori, e insieme ad essi concorrono a determinare la sua utilità complessiva. Il consumatore si comporta, quindi, come un "imprenditore di se stesso", un ottimizzatore dei suoi *input*, delle sue capacità e possibilità. Di conseguenza, al consumatore viene riconosciuta la stessa razionalità che si attribuisce all'imprenditore nell'assunzione delle decisioni d'impresa. Sarebbe auspicabile, invece, a livello comunitario o, sia pur con innegabili difficoltà nei rapporti con l'Unione europea, anche a livello nazionale ove si rinvergano le ragioni per una estensione della disciplina a tutela dei consumatori ad altri soggetti quali professionisti, piccoli imprenditori o persone giuridiche che si trovino in un'assimilabile situazione di squilibrio informativo considerare l'ipotesi di un intervento in tal senso (eventualmente anche solo riguardo ad alcune fasi del rapporto di consumo, come per esempio a quella preliminare al contratto dell'informazione del consumatore). Nel nostro Paese, peraltro, si tratterebbe della stessa via che il legislatore aveva tentato di percorrere con la qualificazione "ampia" del consumatore contemplata nella versione originaria dell'art. 18 del Codice del consumo (D.Lgs. n. 206/2005) per la pubblicità ingannevole, in linea con la prassi sul tema dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e della giurisprudenza; tentativo poi accantonato con la modifica al Codice introdotta dal D.Lgs. n. 146/2007, attuativo della direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Negli ultimi anni, in considerazione dei nuovi scenari economici derivanti dalla globalizzazione dei mercati, la politica in materia di concorrenza tende ad essere attuata e rivisitata nei diversi Paesi secondo schemi più convergenti rispetto al passato. Ora, la medesima tendenza sta iniziando ad interessare l'attuazione e le revisioni della politica relativa alla tutela dei consumatori. Sulla base delle riflessioni fin qui proposte, un elemento di ausilio imprescindibile al riguardo appare quello di una rivisitazione della normativa in materia alla luce di un *economic approach* che la inquadri ancor più nell'ottica della teoria economica moderna (analogamente alla revisione in corso nell'ambito del diritto della concorrenza); ciò in particolare, per quanto fin qui specificamente evidenziato, al fine della corretta individuazione dei "protagonisti" del nuovo scenario del mercato globale.

Tutto ciò nella consapevolezza che l'esistenza, nelle varie direttive, di clausole che rendono possibile l'introduzione di diversi livelli di protezione nei singoli Stati membri disorienta consumatori ed imprese; i primi, infatti, si trovano in una situazione di incertezza sul livello di tutela assicurato loro dagli altri ordinamenti qualora compiono degli acquisti in uno Stato dell'Unione diverso da quello di appartenenza; le seconde possono trovare degli ostacoli alla commercializzazione dei propri prodotti e servizi, in conseguenza delle diverse regole che potrebbero essere tenute a rispettare nel Paese ove intendono compiere una certa operazione commerciale.

Tali considerazioni rendono evidente come la tecnica legislativa finora utilizzata dal legislatore comunitario non abbia portato a dei risultati convenienti per i soggetti coinvolti nel rapporto di consumo e, nel contempo, non abbia favorito il consolidamento di un mercato comune tra i vari Stati membri dell'Unione.

Obiettivo del Libro verde non è soltanto quello di realizzare una riduzione ad unità di concetti, definizioni e regole, ma anche quello di operare in ambito contrattuale un passaggio dall'armonizzazione minima all'armonizzazione massima.²⁹⁰

Nella stessa direzione si colloca la Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori dell'8 ottobre 2008 ove si afferma che essa si distanzia dall'approccio dell'armonizzazione minima seguito nelle quattro direttive esistenti, vale a dire il principio che gli Stati membri possono mantenere o adottare norme più severe rispetto a quelle stabilite dalla direttiva, e abbraccia un approccio di armonizzazione completa, la quale trova manifesto riconoscimento nell'art. 4 della stessa Proposta in cui è disposto che : “ *gli Stati membri non possono mantenere o adottare nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso*”.

²⁹⁰ Il riferimento è alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali (dir. n. 29 del 2005), ove il legislatore afferma che : obiettivo del provvedimento è quello di porre in essere norme uniformi che prevedono un elevato livello di protezione dei consumatori e chiarendo alcuni concetti giuridici, nella misura necessaria per il corretto funzionamento del mercato interno e per soddisfare il requisito della certezza del diritto (considerando 5); che “ dall'armonizzazione deriverà un notevole rafforzamento della certezza del diritto sia per i consumatori sia per le imprese, che potranno contare entrambi su un unico quadro normativo fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite che disciplinano tutti gli aspetti inerenti alle pratiche commerciali sleali nell'UE. In tal modo si avrà l'eliminazione degli ostacoli derivanti dalla frammentazione delle norme sulle pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori e la realizzazione del mercato interno in questo settore (considerando 12).Si impone la necessità di superare lo *status quo* della produzione normativa ricorrendo ad uno strumento normativo che consenta di superare gli inconvenienti della armonizzazione minima per giungere ad una armonizzazione massima delle varie regole.

4.2. Proposta di direttiva COM 614/08 e Direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25.10.2011: un nuovo diritto di recesso?

Come già abbiamo avuto modo di analizzare, molti sono i punti oscuri della direttiva sui diritti dei consumatori, in particolare riguardo al diritto di ripensamento attualmente disciplinato dagli artt. 64 e seguenti del codice del consumo.

Rispetto alla disciplina vigente le novità sono poche e non tutte migliorative, anche se, inizialmente, una delle ragioni determinanti poste a fondamento della necessità di provvedere ad una revisione dell'*acquis* era stata individuata proprio nella incoerenza determinata dalla diversa disciplina del recesso, strumento trasversale e comune di tutela offerta al consumatore nelle nuove modalità di vendita, sempre più sofisticate e lontane dal modello tradizionale.

Infatti, se per un verso viene ampliato il termine per l'esercizio di tale diritto, nello stesso tempo si introducono altre regole più favorevoli al professionista.

L'ultimo paragrafo dell'art. 12 prevede espressamente che sia possibile l'adempimento delle obbligazioni contrattuali di contratto prima della scadenza. In realtà, ciò non era precluso nel regime precedente, ma appare quasi eccessivo esplicitarlo in modo tanto chiaro.

L'aspetto più fuorviante è sicuramente rappresentato dall'art. 16, paragrafo 2, in merito alla modalità di esercizio di tale ripensamento, per cui il commerciante "è legittimato a trattenere il rimborso finché non abbia ricevuto o ritirato tutti i beni oppure finché il consumatore non abbia dimostrato di aver restituito i beni".

La realtà è ben diversa! Spesso è lo stesso consumatore ad essere titubante nel recedere considerando gli elevati costi per la restituzione del bene e il timore che il commerciante renda difficoltosa la stessa. Si potrebbe offrire una maggiore tutela del consumatore prevedendo esattamente il contrario.

Inoltre, a norma dell'art. 19, il diritto di recesso non è esercitabile in caso di vendita a distanza di servizi, se l'inizio dell'esecuzione del contratto avviene prima della scadenza del termine per recedere. In tal modo la nuova normativa trascura quello che, negli ultimi anni di applicazione della direttiva 97/7/CE, ha rappresentato grande preoccupazione, lasciando campo aperto al professionista il quale, intendendo precludere al consumatore la facoltà di recedere, decida di dare avvio alla fornitura del servizio.

Il ribadire la rilevanza degli «obblighi generali di informazione» con l'intento di rappresentare, più che di imporre, il contenuto minimo della informazione che dovrebbe accompagnare qualsiasi tipologia di scambio, consente di acquisire una consapevolezza sempre maggiore

sulla necessità di ricercare le modalità più idonee a superare le asimmetrie informative.

L'art. 11, par. 1, precisa che le informazioni obbligatorie debbano *"essere fornite o messe a disposizione del consumatore prima della conclusione del contratto, in un linguaggio semplice e comprensibile e in modo leggibile e appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato"*.

Due preoccupazioni sorgono in merito a questa disposizione: il significato dell'espressione di *"messa a disposizione"*, che ben potrà portare a contrasti interpretativi e l'aggiunta della clausola di chiusura che si riferisce al *"mezzo di comunicazione a distanza impiegato"*, che potrà rivelarsi pregiudizievole per il consumatore, essendo il professionista a scegliere il mezzo di comunicazione secondo le sue esigenze organizzative. E discorso analogo va fatto per il par. 3 dell'art. 11, in riferimento alle 'informazioni minime' che è obbligatorio fornire nel caso in cui il contratto sia concluso *"mediante un mezzo che consente uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni"*.

Dobbiamo inoltre evidenziare una scarsa protezione assicurata al consumatore in base alla disposizione del par. 4 dell'art. 11: *" il consumatore riceve la conferma di tutte le informazioni, su un mezzo durevole, entro un tempo ragionevole dopo la conclusione di qualsiasi contratto a distanza e al più tardi al momento della consegna dei beni oppure quando è iniziata l'esecuzione de servizio"*. In tal modo, infatti, molte informazioni rilevanti (come quelle riguardanti il diritto di recesso), potranno essere fornite solo successivamente alla conclusione del contratto, al momento della consegna, con conseguente peggioramento della posizione del consumatore dal punto di vista dell'asimmetria informativa.

L'art. 6, pur lasciando agli Stati membri il compito di prevedere efficaci rimedi per le violazioni al diritto all'informazione, prevede, come unica e significativa sanzione armonizzata, la non esigibilità delle spese aggiuntive in caso di mancata e corretta informazione.

Sulla base dell'analisi condotta, il diritto di recesso dovrebbe rappresentare l'arma di difesa del consumatore dagli attacchi aggressivi del mondo del mercato, ma non sempre è così. La stessa proposta, se da una parte ha il pregio di uniformare e rafforzare tale diritto consumeristico, dall'altra risulta essere a volte ostica, quasi incomprensibile per lo stesso contraente debole.

Ed è proprio questo che rende tutto maggiormente più complicato.

Lo stesso Consiglio Nazionale dei consumatori e degli utenti affermava che la sopracitata Proposta non potesse prescindere da alcuni punti fondamentali, tra cui: nessun pagamento prima della scadenza del diritto di recesso, per meglio tutelare i consumatori ed evitare le difficoltà di ottenere la restituzione dei soldi versati; il diritto dei consumatori di scegliere tra i rimedi previsti in caso di difetto di

conformità del bene acquistato, infatti occorre garantire la libertà di scelta dei consumatori e la diminuzione delle controversie originate anche dalla complessità delle attuali disposizioni; gli obblighi generali di informazione devono ricomprendere sempre oltre alle caratteristiche principali del prodotto, i riferimenti e l'indirizzo del commerciante, le modalità per l'esercizio della garanzia, le modalità per l'esercizio del diritto di recesso e i termini per la risoluzione del contratto, l'indicazione del prezzo e di tutte le spese aggiuntive, compreso il costo del collegamento in una comunicazione a distanza e gli oneri di consegna per la spedizione a carico del consumatore.

Va rilevato come tutti questi profili siano stati oggetto di ampio dibattito in dottrina²⁹¹, ed in particolare pienamente condivisibile è la soluzione prospettata da autorevole dottrina di regolare la materia consumeristica mediante il ricorso ad un provvedimento particolarmente incisivo quale il regolamento comunitario, la cui adozione porterebbe finalmente a risolvere in maniera definitiva i problemi di armonizzazione.²⁹²

Viene auspicata l'adozione di un regolamento comunitario che fissando i principi di una effettiva armonizzazione, andrebbe a risolvere tutte le problematiche connesse al recepimento di una o più direttive, sia sotto il profilo contenutistico che con riguardo all'aspetto temporale.

Pertanto, i negoziati riguardanti l'elaborazione definitiva di una direttiva sui diritti dei consumatori hanno palesato le difficoltà e i limiti dell'approccio di armonizzazione nel settore dei diritti dei consumatori applicati ai contratti, senza peraltro compromettere l'impegno comune per un elevato livello di tutela degli stessi e i limiti che ciò comporta per il processo.²⁹³

Lo scorso 10 ottobre il Consiglio dei ministri dell'UE ha formalmente approvato il testo della nuova direttiva sui diritti dei consumatori, con cui ha inteso rendere più agevoli e, contemporaneamente, più sicuri, gli scambi su tutto il territorio dell'UE.

A tal fine la Direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, che dovrà essere implementata dagli Stati membri entro il 2013, consolida la precedente legislazione in materia di clausole abusive

²⁹¹ G. ALPA, *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato* in *La Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 241 ss.; M. DONA, "La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: luci ed ombre nel futuro della tutela contrattuale", in *Obbl. contr., op. cit.*, 582. Sui problemi e le prospettive future del diritto europeo dei contratti si rimanda a L. ROSSI CARLEO L., "Alcuni problemi aperti: l'effettività dei rimedi e il dialogo con l'Europa, *Rapporto Consumers' forum* Università degli Studi Romatre, 2008.

²⁹² P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 260ss.; ID., Relazione alla giornata di studio su " *Il diritto dei consumi: realtà e prospettive*", organizzata dal centro studi giuridici sui diritti dei consumatori, Polo scientifico didattico di Terni – Università degli studi di Perugia, svoltasi a Terni il 30 aprile 2008.

²⁹³ Relazione della Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori del 22 febbraio 2011 (A7-0038/2011), sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio «sui diritti dei consumatori»: doc. COM(2008)0614 - C7-0349/2008 - 2008/0196(COD).

e di garanzie sui beni di consumo (rispettivamente, Direttive 93/13/CEE e 99/44/CE) e, al contempo, abroga le norme in materia di contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali (Direttive 97/7/CE e 85/577/CEE).

L'obiettivo della Commissione europea era, inizialmente, quello di armonizzare completamente il diritto europeo dei consumatori, così da colmare i divari esistenti tra i vari sistemi giuridici e agevolare il commercio transfrontaliero.

Tuttavia, nel corso dei lavori, le tre Istituzioni coinvolte – Commissione, Parlamento e Consiglio – si sono rese conto della difficoltà di creare un sistema europeo di tutela dei consumatori realmente armonizzato e hanno modificato solo parzialmente il progetto iniziale puntando su un'armonizzazione mirata.²⁹⁴

Solo alcuni punti oscuri della Proposta COM 614/2008 sembrano essere stati chiariti definitivamente, in particolare quelli riguardanti gli obblighi di informazione del professionista nei contratti a distanza e nei contratti stipulati fuori dai locali commerciali, infatti l'art. 6 del capo III precisa che “ ... *il professionista fornisce al consumatore le informazioni seguenti, in maniera chiara e comprensibile: ...e) il prezzo totale dei beni o dei servizi comprensivo delle imposte o ... le modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali ...* ”.

In un'ottica di maggior trasparenza, i professionisti saranno tenuti ad indicare chiaramente il costo totale del prodotto o del servizio che intendono offrire, incluso qualunque altro addebito supplementare.

Restano confermati i 14 giorni per poter esercitare il diritto di recesso dal contratto senza fornire alcuna motivazione a partire : ” ... *nel caso di contratto di vendita, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore acquisisce il possesso fisico dei beni ...* ” (art. 9, co. 2, lettera b)).

In netta contraddizione con l'intento primario della presente Direttiva è l'art. 14 laddove ribadisce che : “ ... *il consumatore sostiene solo il costo diretto della restituzione dei beni, purché il professionista non abbia concordato di sostenerlo o abbia omissis di informare il consumatore che tale costo è a carico del consumatore...* ”, e che : “ ...*il consumatore è responsabile unicamente della diminuzione del valore dei beni risultante da una manipolazione dei beni diversa da quella necessaria per stabilire la natura, le caratteristiche, il funzionamento dei beni...* ”.

²⁹⁴ La proposta della Commissione europea è stata, quindi, emendata dal Parlamento (e approvata ufficialmente il 23 giugno), approvata in via definitiva dal Consiglio e dal Parlamento Europeo e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 22.11.2011 L. 304/64.

Inoltre, lo stesso considerando 47 chiarisce : “... *che il consumatore dovrebbe solo provare un indumento, senza poterlo indossare. Di conseguenza, durante il periodo di recesso il consumatore dovrebbe manipolare ed ispezionare i beni con la dovuta diligenza...*”.

Verrebbe da chiedersi come si fa a provare un indumento senza indossarlo, ma soprattutto cosa si intende per dovuta diligenza.

Ed è proprio alla luce di tali espressioni che viene a cadere l'intera tutela del consumatore e dello stesso diritto di recesso!

A fronte dell'imposizione di dettagliati obblighi informativi vi è sempre il rischio di sommergere il consumatore di troppe nozioni che finiscono spesso per non essere lette, vanificando lo scopo stesso della loro imposizione.

Potrebbe in concreto accadere che il consumatore, pur essendo in astratto efficacemente tutelato a fronte di una tecnica di contrattazione altamente pericolosa, non sia posto in concreto nelle condizioni di avvalersi dei diritti e delle tutele che la normativa in esame gli riconosce.

Il consumatore, infatti, a causa dell'elevata quantità di informazioni ricevute e della loro complessità, potrebbe non essere in grado di reperire tra le stesse quelle effettivamente utili, con la conseguenza finale di non poter usufruire in concreto delle tutele predisposte.

La realtà oggi, nonostante il codice del consumo, è ben diversa da quella prospettata. Sempre più spesso ci troviamo di fronte a casi in cui o vi è assenza totale di idonea documentazione informativa, o essa è “tardiva”.

Che la sottoscrizione di un contratto preceda la somministrazione accurata delle dovute informazioni relative alla merce che si va ad acquistare ed ai diritti relativi allo stesso contratto, quali il diritto di recesso, è una pratica alquanto usuale.

Nell'elaborazione delle norme a tutela del consumatore, il legislatore non dovrebbe mai dimenticare di avere come punto di partenza e di arrivo il consumatore.

Pertanto, l'intero apparato normativo andrebbe adeguato in ragione di tali principi, nel pieno rispetto del progetto di armonizzazione completa.

CONCLUSIONI

Nel panorama giuridico interno e sopranazionale, il diritto di recesso parte integrante *ex lege* della disciplina dei contratti, si presenta, ormai, come strumento versatile, capace di assolvere ad una molteplicità di funzioni.

Alla luce dell'indagine svolta va rilevato che nella normativa comunitaria a tutela del consumatore il recesso è visto nell'ottica del riequilibrio del rapporto contrattuale e di tutela del contraente debole, ed è quindi strettamente connesso alla previsione di obblighi di informazione in capo alla controparte.

Come visto nei capitoli che precedono, sin dalla sua introduzione²⁹⁵ esso viene impiegato quale strumento di ripensamento del consenso precedentemente prestato, come strumento di determinazione della durata dei rapporti privi di termine finale, sia infine quale strumento per porre rimedio a difetti originari del contratto, o sopravvenienze, offrendo alle parti un meccanismo di scioglimento del vincolo più semplice rispetto alla risoluzione.

In tal senso è emersa una figura nuova rispetto al recesso codicistico *tout court*.²⁹⁶

In questo senso sarebbe opportuno chiedersi se il legislatore del Codice del consumo abbia utilizzato in realtà la parola recesso in senso atecnico e se, in virtù delle numerose norme che attribuiscono al consumatore tale diritto, ciò non sia da considerarsi un'eccezione al principio che il contratto ha forza di legge tra le parti, bensì una regola, seppur limitata, alla sola figura del consumatore.²⁹⁷

²⁹⁵ Con il D. Lgs 50/92, oggi confluito nel Codice del Consumo, il legislatore italiano ha dato attuazione alla direttiva comunitaria n. 85/577/CEE in materia di contratti stipulati fuori dai locali commerciali, riconoscendo al consumatore uno strumento molto importante: la possibilità di recedere dal contratto. La normativa in questione offre al consumatore una particolare tutela, la cui *ratio* risulta espressamente dal 4° considerando della Dir. n. 85/577: "... la caratteristica dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali è che, il commerciante prende l'iniziativa della trattativa, il consumatore è impreparato di fronte a queste trattative e si trova preso di sorpresa...". Sulla scorta del summenzionato Considerando si comprende la scelta del legislatore comunitario di aver posto particolare attenzione nei confronti del consumatore rispetto alla formazione del consenso, all'attribuzione del diritto di recesso, alla sua irrinunciabilità e alle modalità del suo esercizio. Si tratta di un vero e proprio diritto di ripensamento, esercitabile entro precisi termini di tempo nel rispetto delle modalità dettate dal legislatore.

²⁹⁶ Nell'ambito della riflessione sui rapporti caratterizzati da uno squilibrio di potere contrattuale tra le parti, ed in particolare sui rapporti asimmetrici tra imprenditori, l'esame delle connotazioni del recesso nei contratti di distribuzione ha consentito di verificare come, talvolta, l'istituto possa essere utilizzato con una duplice ed opposta funzione: da un lato, come forma di tutela del contraente debole, dall'altro quasi come strumento di abuso del potere contrattuale ad opera del contraente forte.

²⁹⁷ Nell'ambito del meccanismo procedimentale di formazione del contratto previsto dall'art. 4 L. 129/2004, in relazione agli obblighi dell'affiliante, l'applicazione analogica della normativa consumeristica sul recesso, giustificata dalla identica finalità delle discipline, appare essere il sistema maggiormente idoneo a porre rimedio all'eventuale mancato rispetto dello *spatium deliberandi* di trenta giorni che sia dovuto ad indebite pressioni esercitate dal *franchi sor* al fine di una sollecita conclusione del contratto.

Invero, pur trattandosi di *recesso ad nutum*, la determinazione di esercitarlo si fonda, in genere, sul mutamento della situazione fattuale che ha portato alla determinazione di concludere il contratto.

L'analisi ha portato, inoltre, ad una riflessione sul più ampio tema della gestione delle sopravvenienze nei rapporti di durata, ed in particolare nelle relazioni commerciali, considerato che essa incide notevolmente sulle dinamiche del mercato, coinvolgendo anche i professionisti.

Se è vero che il diritto di recesso, quale diritto potestativo, assume la veste di vero e proprio ravvedimento del consumatore rispetto al vincolo contrattuale, destinato a consolidarsi solo quando saranno decorsi inutilmente i termini decadenziali previsti per l'esercizio della facoltà di recesso²⁹⁸, tuttavia esso è destinato ad incontrare il limite del principio di buona fede. Infatti, il legislatore, pur avendo come solo obiettivo quello di dare tutela al consumatore, non può ignorare il diritto del professionista di poter fare affidamento su rapporti obbligatori ben definiti.

Una pratica contraria finirebbe per scoraggiare i traffici commerciali e renderebbe il consumatore una figura contrattuale troppo forte, tanto da trasformare il professionista in parte contraente debole.

In una prospettiva più ampia, studiare il diritto di recesso del consumatore significa, quindi, non solo analizzarlo dall'angolo visuale della tutela della parte debole, in quanto disinformata del rapporto, ma senza tuttavia sottovalutare i possibili punti di debolezza e criticità, ovvero le esigenze del mercato.

Di ciò sembra aver dato conto, di recente, il lavoro portato avanti dall'Unione con la Proposta di riforma COM 614/2008,²⁹⁹ oramai

²⁹⁸ Spesso la dottrina si è chiesta se il recesso del consumatore si limitasse ad operare su un contratto già concluso, oppure impedisse il perfezionamento del contratto fino alla scadenza dei termini di recesso. Secondo alcuni, il mancato esercizio del recesso nei tempi di legge non costituirebbe causa di perfezionamento del contratto, perché il recesso opererebbe su un contratto già concluso. M. ATELLI, *Il problema della sindacabilità della decisione di esercizio dello ius poenitendi attribuito ex lege al consumatore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 359 ss. In senso contrario: R. SACCO, *La conclusione dell'accordo, ne I contratti in generale*, a cura di GABRIELLI, II Torino, p. 142. Altri autori sostengono, invece, che lo *ius poenitendi* impedisce al contratto di perfezionarsi, fino alla scadenza dei termini per l'esercizio del recesso. Per tal motivo, l'istituto sarebbe un'eccezione al principio della forza vincolante del contratto. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, op. cit., p. 64 ss.

²⁹⁹ La direttiva sui diritti dei consumatori rappresenta la novità di più ampio respiro fra quanto finora proposto dalla Commissione in termini di approccio al diritto in materia di protezione dei consumatori in Europa. La proposta riunisce quattro normative comunitarie vigenti (vale a dire la direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, la direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, la direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza e la direttiva 85/577/CEE per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, creando un'unica direttiva "orizzontale" che mira a semplificare e aggiornare le norme vigenti, risolvendo le incoerenze e colmando le lacune) in una singola direttiva sui diritti dei consumatori e applica il principio della completa armonizzazione rispetto a tale regime giuridico. Essa è il risultato della revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori, avviata nel 2004 al fine di semplificare e completare il quadro normativo vigente in materia di protezione dei consumatori.

approvata come Direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, con la quale si è inteso rendere più agevole e, contemporaneamente, più sicuri, gli scambi su tutto il territorio dell'Unione, ed in tal senso tra l'altro si è rivista la disciplina del diritto di recesso come introdotta dalle direttive sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali e sui contratti a distanza, oggi abrogate.

La Direttiva, sopra indicata, conferma la duplice funzione che l'elemento dell'informazione è destinata a realizzare nel rapporto di consumo³⁰⁰, con qualche divergenza rispetto al testo della proposta COM 614/08.

Ad esempio a proposito della negoziazione a distanza, trattandosi di una particolare modalità di conclusione del contratto, il legislatore comunitario nella Proposta di direttiva aveva ommesso di rendere obbligatoria l'informazione sul costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, quale dato che il consumatore avrebbe dovuto conoscere in tempo utile, prima della conclusione del contratto.

Ulteriore elemento negativo era rappresentato dell'art. 16, paragrafo 2, in cui si esplicitava che " ... *il commerciante può trattenere il rimborso finché non abbia ricevuto o ritirato tutti i beni oppure finché il consumatore non abbia dimostrato di aver restituito i beni ...* ".

Tale disposizione, infatti, non era in linea con la realtà delle dinamiche commerciali: nella pratica, infatti, è proprio il consumatore ad essere riluttante nell'esercitare il recesso per la paura di non vedersi restituire il prezzo pagato.

Sarebbe stato, perciò, meglio prevedere che fosse data al consumatore la possibilità di trattenere il bene finché non avesse ricevuto il rimborso del prezzo da parte del professionista.

³⁰⁰ In primo luogo, in una materia tanto tecnica e complessa l'informazione "dovrebbe" ridurre le forti asimmetrie che caratterizzano il rapporto fornitore-consumatore, acuite dalla mancanza del contatto personale tra i soggetti interessati alla stipulazione del contratto. In altri termini, le informazioni precontrattuali rendono possibile il corretto instaurarsi del rapporto contrattuale riducendo il *gap* informativo che caratterizza la posizione contrattuale del contraente debole. Tuttavia le informazioni sono utili anche per assicurare il buon funzionamento e l'efficienza dei mercati finanziari, fondati su una ragionevole fiducia dei contraenti più deboli nei contraenti più forti; proprio la possibilità di effettuare scelte consapevoli non può che rafforzare, infatti, la fiducia dei consumatori nell'efficienza stessa dei mercati. L'importanza del momento informativo, allargando l'orizzonte alla vendita di beni e servizi di consumo in generale, è del resto palese se si considera che, per un corretto ed efficiente funzionamento del mercato, costituisce un dato imprescindibile il fatto che il consumatore possa muoversi e rispondere alle tecniche sempre più aggressive dell'offerta commerciale contando, da un lato, su di un consistente bagaglio di informazioni, e, dall'altro, su di un alto grado di trasparenza circa le informazioni stesse. Al riguardo, v. G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 441. L'autore ricorda come, da un punto di vista storico, il primo approccio dell'ordinamento italiano rispetto al problema dell'informazione del consumatore deve essere ricercato nello stratificato ed eterogeneo complesso di norme poste a tutela dell'affidamento del consumatore le quali, accanto a numerosi divieti, avevano iniziato a prevedere, fin dagli anni '50, anche precisi obblighi informativi concernenti alcuni aspetti relativi ai prodotti destinati al consumatore.

Le molteplici lacune e contraddittorietà presenti nella Proposta COM 614/2008, in particolare quelle riguardanti gli obblighi di informazione del professionista nei contratti conclusi fuori dai locali commerciali e nei contratti a distanza, sembra siano state, almeno in parte, chiarite e meglio precisate nella nuova Direttiva 2011/83 UE del 25 ottobre 2011.³⁰¹

In merito l'art. 6 del capo III precisa che: “ ... *il professionista fornisce al consumatore le informazioni seguenti, in maniera chiara e comprensibile: ...e) il prezzo totale dei beni o dei servizi comprensivo delle imposte o ... le modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali ...*”.

Restano confermati i 14 giorni per poter esercitare il diritto di recesso dal contratto senza fornire alcuna motivazione a partire : ” ... *nel caso di contratto di vendita, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore acquisisce il possesso fisico dei beni ...*” (art. 9, co. 2, lettera b)).

Contraddittoria appare la norma dell'art. 14 laddove prevede che: “ ... *il consumatore sostiene solo il costo diretto della restituzione dei beni, purché il professionista non abbia concordato di sostenerlo o abbia ommesso di informare il consumatore che tale costo è a carico del consumatore...*”, e che : “ ...*il consumatore è responsabile unicamente della diminuzione del valore dei beni risultante da una manipolazione dei beni diversa da quella necessaria per stabilire la natura, le caratteristiche, il funzionamento dei beni...*”.

Tale espressione non spiega, in realtà, di che cosa risponda il consumatore in concreto; verrebbe, a tal punto, da chiedersi cosa si intende per “ dovuta diligenza”.

³⁰¹ In primo luogo, in una materia tanto tecnica e complessa l'informazione “dovrebbe” ridurre le forti asimmetrie che caratterizzano il rapporto fornitore-consumatore, acuite dalla mancanza del contatto personale tra i soggetti interessati alla stipulazione del contratto. In altri termini, le informazioni precontrattuali rendono possibile il corretto instaurarsi del rapporto contrattuale riducendo il *gap* informativo che caratterizza la posizione contrattuale del contraente debole. Tuttavia le informazioni sono utili anche per assicurare il buon funzionamento e l'efficienza dei mercati finanziari, fondati su una ragionevole fiducia dei contraenti più deboli nei contraenti più forti; proprio la possibilità di effettuare scelte consapevoli non può che rafforzare, infatti, la fiducia dei consumatori nell'efficienza stessa dei mercati. L'importanza del momento informativo, allargando l'orizzonte alla vendita di beni e servizi di consumo in generale, è del resto palese se si considera che, per un corretto ed efficiente funzionamento del mercato, costituisce un dato imprescindibile il fatto che il consumatore possa muoversi e rispondere alle tecniche sempre più aggressive dell'offerta commerciale contando, da un lato, su di un consistente bagaglio di informazioni, e, dall'altro, su di un alto grado di trasparenza circa le informazioni stesse. Al riguardo, v. G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, op. cit., p. 441. L'autore ricorda come, da un punto di vista storico, il primo approccio dell'ordinamento italiano rispetto al problema dell'informazione del consumatore deve essere ricercato nello stratificato ed eterogeneo complesso di norme poste a tutela dell'affidamento del consumatore le quali, accanto a numerosi divieti, avevano iniziato a prevedere, fin dagli anni '50, anche precisi obblighi informativi concernenti alcuni aspetti relativi ai prodotti destinati al consumatore.

A fronte dell'imposizione di dettagliati obblighi informativi vi è sempre il rischio di sommergere il consumatore di troppe nozioni che finiscono spesso per non essere lette, vanificando lo scopo stesso della loro imposizione.

In tale ottica sembrerebbe forse più opportuno ridurre la quantità delle informazioni obbligatorie con una migliore evidenziazione di quelle essenziali.

Spesso, infatti, avere a disposizione *troppe* informazioni equivale a non averne *nessuna*.

Anche alla luce delle recenti novità del legislatore comunitario ed in attesa del recepimento della nuova Direttiva dai Paesi membri, al quesito se il recesso sia ancora un modo eccezionale di scioglimento del rapporto contrattuale, non può che risponderci osservando che aumenta sempre di più la quantità di rapporti contrattuali a cui il diritto *de quo* si applica per legge e non per pattuizione espressa. Tale fenomeno si inquadra nell'ottica della piena armonizzazione voluta dall'Unione.

All'interprete, quindi, spetta valutare il superamento dell'irrevocabilità ed irretrattabilità del consenso nei contratti del consumatore, aspetto, questo, che contraddistingue il diritto privato europeo dal diritto civile interno.

Nella generalità dei casi, si può affermare che il contratto, una volta stipulato, resta, anche per il consumatore “ legge da rispettare”. Invero, il recesso è esercitabile *ad nutum* dal consumatore, ma solo mediante forme tipizzate ed entro termini di decadenza piuttosto brevi, decorsi i quali, il regolamento negoziale vincola le parti di qualsiasi altro contratto.³⁰²

Infatti, appare opportuno considerare “ il terreno” costituito dall'accordo delle parti, come la vera struttura sulla quale regge la dicotomia irrevocabilità/irretrattabilità del consenso.

In buona sostanza le norme relative al diritto del consumatore appaiono ancora una volta un terreno privilegiato, nella visione del diritto privato europeo, sul quale verificare l'efficacia di quella che è sempre più una vera e propria “ griglia giuridica” di protezione nei confronti del contraente, ritenuto tradizionalmente “ debole”, ispirata al principio di buona fede.

Infatti, il concetto di buona fede orienta l'indagine dell'interprete sulle necessità che il diritto riconosciuto al consumatore non si trasformi

³⁰² I precetti secondo cui “ ... il contratto ha forza di legge tra le parti ...” e “ ... non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge ...”, pur ancora positivamente espressi, stanno gradualmente perdendo l'importanza di regole generali tributatagli dalla codificazione e da una tradizione giuridica secolare a causa dell'emersione in vasti settori di contrattazione, di principi innovativi con essi contrastanti. Tali settori sono quelli noti delle stipulazioni delle stipulazioni tra operatori professionali e consumatori nei quali, considerati tutti i profili oggettivi e soggettivi che forgiavano l'incontro dei consensi, la regola dell'indissolubilità del vincolo contrattuale, posta a garanzia della certezza e serietà delle negoziazioni, si tradurrebbe in un ulteriore strumento di vessazione ai danni dei consumatori, il cui consenso è spesso poco meditato e manifestato senza una adeguata consapevolezza degli impegni scaturenti dall'accordo.

in abuso di diritto di recesso, e cioè che non venga alterato l'originario equilibrio (pure imposto normativamente) tra le parti, che giustificerebbe un riallineamento del “*favor*” riconosciuto al consumatore, esposto indefinitamente all'arbitrio del “*consumer*” nelle valutazioni degli aspetti negativi del contratto da sottoscrivere.

A tal proposito i caratteri imposti dalla normativa devono necessariamente passare attraverso una valutazione oggettiva degli elementi in virtù dei quali poter riequilibrare le posizioni delle parti in essere.³⁰³

E', infatti, preferibile ritenere, in un accettabile punto di equilibrio tra l'esigenza di sanzionare gli abusi e quella di preservare l'autodeterminazione negoziale delle parti del contratto, che la protezione offerta contro il recesso abusivo si esaurisca, di regola, nel diritto al risarcimento dei danni eventualmente subiti dall'altro contraente, fermo restando lo scioglimento del vincolo.³⁰⁴

Infine va rilevato che la centralità della normativa adottata in materia di tutela del consumatore e l'opportunità di approfondire le problematiche ad essa inerenti, si possono cogliere analizzando il dibattito che, oramai da tempo, si è sviluppato intorno al processo di costruzione del diritto contrattuale europeo.

Esso rappresenta un'importante componente del più ampio fenomeno di formazione del diritto privato europeo.³⁰⁵

Ormai, la questione della redazione di un codice civile europeo è al centro di un dibattito che vede impegnata non solo la dottrina ma anche le istituzioni comunitarie.³⁰⁶

³⁰³ La considerazione in termini di contrarietà a buona fede dell'atto di recesso dal contratto non è peraltro questione nuova alla giurisprudenza: il problema si è posto, come è noto, con specifico riguardo ai contratti di apertura di credito, in una serie di decisioni nelle quali si rinviene la costante affermazione per cui il recesso unilaterale, “causa estintiva ordinaria di qualsiasi rapporto di durata a tempo indeterminato, che risponde all'esigenza di evitare la perpetuità del vincolo obbligatorio”, deve essere esercitato nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto. Cass. Civ., 7.03.2008, n. 6186, in *Rep. giur. it.*, 2008; Cass., 21.05.1997, n. 4538, in *Giust. Civ.*, 1998, 509. Infatti, ove sia convenuta tra le parti la facoltà di recesso, l'esercizio del relativo potere può costituire strumento di abuso dello stato di dipendenza economica della controparte ad opera del contraente forte, quando il tempo trascorso dall'inizio del rapporto non sia sufficiente all'ammortamento degli investimenti effettuati, frustrando in tal modo le aspettative di guadagno del distributore e cagionando in capo a lui, il più delle volte, una perdita secca, in considerazione della ricorrente difficoltà di riutilizzare gli investimenti specifici operanti da parte del distributore al fine di entrare nella rete commerciale della controparte.

³⁰⁴ GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, *op. cit.*, p. 572.

³⁰⁵ Per un approfondimento sul significato da attribuire alla nozione di diritto privato europeo e sugli sviluppi dello stesso, A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 367; R. SCHULZE, *Il diritto privato comune europeo*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 610 ss.; G. ALPA E M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA ZATTI, Milano, 2005; G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 3a ed., 2004, p. 11 ss.; S. CASTRONOVO E S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, I, Milano, 2007, p. 4 ss..

³⁰⁶ S. RODOTA', *Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in *Codici, una riflessione per il millennio*, a cura di CAPPELLINI E SORDI, nei Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n. 61

Al fine di valutare la possibilità di fondare concretamente un diritto privato europeo s'impone, come presupposto di ogni indagine, la valutazione circa l'incidenza del diritto comunitario sui vari diritti nazionali in diversi e molteplici settori del diritto privato.³⁰⁷

Le problematiche relative alla traduzione giuridica, ad esempio, emergono, con particolare enfasi, nel diritto comunitario e nelle normative nazionali di attuazione delle direttive, le quali devono essere tradotte in tutte le lingue dell'Unione, in forza del noto principio del multilinguismo³⁰⁸.

³⁰⁷ Tale operazione comporta un ampliamento dello stesso orizzonte ermeneutico e deve essere svolta seguendo quella linea interpretativa, autorevolmente prospettata, secondo cui l'analisi dei vari istituti disciplinati in ciascun ordinamento interno deve muovere dalla considerazione che nel momento ermeneutico ed attuativo "...il profilo comunitario non appare divisibile da quello del diritto interno, né è pensabile senza di questo...", venendosi a realizzare un concorso di norme comunitarie e nazionali con una possibile diversa incidenza delle prime negli ordinamenti dei vari Stati membri "soprattutto per la peculiarità del sistema delle fonti e dei valori di cui ciascuno è dotato. In proposito v. ampiamente M. BARCELLONA, *Diritto europeo e sistema delle fonti*, in *Atti del convegno della società italiana degli studiosi di diritto civile*, Napoli 2006, p. 159 ss., il quale si sofferma sulle interferenze, sui conflitti e sulle interazioni tra i principi e le regole che, a seguito del processo di integrazione europea e della conseguente produzione normativa e giurisprudenziale, caratterizzano oggi il c.d. sistema del diritto privato. V. RIZZO, *Presentazione del Convegno*, in *Id.* (a cura di), *Diritto privato comunitario. Fonti, principi, obbligazioni e contratti*, I, Napoli, 1997, p. XVI. Nello stesso senso, P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli, 1992, p. 56 s., secondo cui, piuttosto che ricercare un diritto naturale vigente di natura comunitaria o un diritto dei pratici fondato sulla prassi, il problema oggi è quello del coordinamento e della integrazione delle normative caratterizzate da fonti diverse nel rispetto della loro gerarchia e delle garanzie e procedure costituzionali previste dai singoli Stati membri»; *Id.*, *Conclusioni*, in G. ALPA E R. DANOVÌ, *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori. L'integrazione europea e il processo civile. Materiali del seminario del 12 luglio 2002*, Milano, 2003, p. 373ss.; R. SCHULZE, *Il diritto privato comune europeo*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 631, il quale individua una "struttura sotto forma di principi" del diritto privato europeo ed evidenzia come uno stesso principio di diritto può essere "concretizzato" in più norme di diritto nazionale in modo ogni volta diverso, così come può avere, negli ordinamenti di vari Paesi, una forma normativa e istituzionale ogni volta diversa. Sotto questo aspetto, il principio di diritto può essere assunto come nozione fondamentale del diritto privato europeo, poiché esso rispetta i vari ordinamenti e, nello stesso tempo permette di individuare i caratteri comuni. Un diritto uniforme non è né implicito, né imposto a livello normativo quando un principio di diritto rileva i caratteri comuni, ed in questa misura, dà luogo ad un diritto comune. In questa prospettiva v., in generale, le conclusioni a cui giunge P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale, op.cit.*, p. 257, per il quale emerge la consapevolezza che, allo stato, il diritto comunitario in sé non esiste, ma è in funzione dell'ordinamento del singolo Stato, che lo integra anche in maniera prevalente, non è autonomo. I principi di diritto comunitario, primari o derivati, vivono soltanto se calati negli ordinamenti di ciascun Paese membro. Il nostro è un sistema italo-comunitario, un ordinamento complesso e unitario, informato ai medesimi principi: gerarchia, competenza, sussidiarietà.

³⁰⁸ Basti considerare la traduzione italiana della *Direttiva 85/577/CEE del Consiglio del 20 dicembre 1985 in G.U.C.E. L. 372 del 31-12-1985, p. 31 sui contratti negoziati fuori dei locali di commercio*: gli art. 4 e 5 della direttiva consentivano al consumatore di "recedere" dal contratto entro sette giorni, ma tale diritto di "recesso" nella versione italiana diveniva un diritto di "rescissione", per poi diventare nuovamente "recesso" nel decreto legislativo di attuazione italiano. La politica del multilinguismo viene sancita già nel Trattato di Roma, ove l'art. 217 (290 nella versione consolidata) fa riferimento alle «lingue delle istituzioni comunitarie». La competenza ad emanare discipline di dettaglio è attribuita al Consiglio e il requisito dell'unanimità, previsto dalla norma, costituisce un chiaro segnale della delicatezza della problematica. Il Regolamento del Consiglio n. 1 del 15 aprile 1958 costituisce, a tutt'oggi, la base giuridica del multilinguismo. E' interessante notare come il regolamento, pur distinguendo tra lingue ufficiali e lingue di lavoro, non fornisce una definizione delle due categorie, ma si limita a stabilire come «i regolamenti e gli altri documenti ufficiali di applicazione generale devono essere redatti in tutte le lingue ufficiali» (art. 4).

Nelle direttive troviamo inoltre neologismi, i quali vengono a volte utilizzati in una versione linguistica (es. tedesco), ma non vengono ripresi in altre versioni (es. francese o italiana); si rinvengono, inoltre, concetti utilizzati come sinonimi nel medesimo documento, ad esempio il concetto di “recesso” utilizzato come sinonimo di “rescissione”.

Questa situazione è causa di ricadute negative di tipo orizzontale nel diritto comunitario, ossia di errori che vengono trasposti da una versione linguistica di una direttiva ad un'altra o a più, causando, quindi, una sorta di catena di errori concettuali.

Non mancano, inoltre, ricadute di tipo verticale che incidono sulla tassonomia dei diversi ordinamenti nazionali.

Può accadere, infatti, che gli errori contenuti nelle direttive vengano ripetuti nelle leggi o nei decreti nazionali di attuazione, con la conseguenza di introdurre concetti divergenti negli ordinamenti nazionali. Il processo di armonizzazione, diversamente da quello che è il suo stesso obiettivo, può così causare non l'avvicinamento, ma la divergenza dei diritti statali.

In secondo luogo, queste imprecisioni nella traduzione potevano arrivare ad avere un impatto disgregante della tassonomia propria di un ordinamento nazionale. Sempre in tema di “recesso”, nel decreto legislativo 50/1992, di attuazione della *Dir. 85/577/CEE sui contratti negoziati fuori dei locali di commercio*, l'introduzione di un nuovo e diverso concetto di “recesso” del consumatore, rispetto al tradizionale concetto di “recesso”, frantumava una tassonomia italiana precedentemente omogenea.

Tutto ciò rende evidente che la premessa imprescindibile all'emanazione di una normativa armonizzata nell'area del contratto è la creazione di una terminologia giuridica uniforme a livello europeo.

Le diversità linguistiche si riverberano sui concetti giuridici che sono difficili da rendere secondo una terminologia comune.

Non può essere trascurato di evidenziare che le iniziali ambizioni della dottrina e degli stessi organi comunitari di codificare l'intera disciplina del diritto privato e di dar vita, quindi, ad un vero e proprio codice civile europeo, hanno ben presto lasciato spazio all'idea di limitare tale opera al solo diritto contrattuale europeo.³⁰⁹

Varie le ragioni di questa scelta: da una parte, si considera che il progetto di superare le contraddizioni e le incertezze interpretative determinate dal recepimento delle direttive comunitarie nei vari ordinamenti interni non possa estendersi a quelle materie estranee alla competenza

³⁰⁹ Obiettivo al centro di un ampio dibattito dottrinale su cui, tra tanti, v. V. ZENO ZENCOVICH, *Il «codice civile europeo», le tradizioni giuridiche nazionali e il neo positivismo*, in *Foro it.*, 1998, V, p. 62 ss.; U. MATTEI, *Il problema della codificazione civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie e sviluppi*, in *Contr. impr./Eur.*, 1998, p. 1 ss.; ID., *Quale Codice Civile per l'Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 1; G. ALPA, *Il codice civile europeo: «ex pluribus unum»*, in *Contr. impr./Eur.*, 1999, p. 695 ss.; E. IORATTI, *Codice Civile Europeo: un approccio metodologico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 347; ID., *Codice civile europeo. Il dibattito, i modelli, le tendenze*, Padova, 2006, p. 155 ss.; C. CASTRONOVO, *Verso un codice civile europeo: i principi di diritto europeo dei contratti*, in *Vita not.*, 2004, p. 18 ss.

comunitaria; dall'altra, si sottolinea come, tenuto conto che la finalità perseguita è quella di assicurare il corretto funzionamento del mercato unico, l'attività di uniformazione del diritto sia destinata a rivolgersi principalmente a quelle regole inerenti la disciplina delle operazioni economiche transfrontaliere, le quali hanno rappresentato l'oggetto fondamentale della maggior parte delle direttive comunitarie emanate.³¹⁰

Si è giunti alla redazione dei *Principi di diritto europeo dei contratti* da parte della Commissione del diritto europeo dei contratti, presieduta da Ole Lando, e al *Progetto di codice europeo dei contratti* predisposto dall'Accademia dei giusprivatisti europei presso l'Università di Pavia. In questo senso i *Principles of European Contract Law* della Commissione Lando sono già un codice opzionale³¹¹.

In questo ambito particolarmente intensa si presenta l'opera delle istituzioni comunitarie, chiamate ad adottare i provvedimenti necessari per conseguire un ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, le quali hanno posto in essere un'attività che è stata variamente riassunta con le espressioni unificazione o uniformazione o armonizzazione del diritto, ma si tratta di formule che presentano sfumature di significato diverse ed esprime un differente modo attraverso il quale può articolarsi il processo di riavvicinamento delle legislazioni nazionali.³¹²

³¹⁰ L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 527, sottolinea che l'aspirazione all'unificazione del diritto si traduce in volontà politica solo sotto la spinta e nei limiti di imperativi pratici immediati del modo vitale, specialmente della vita degli affari, e dell'esigenza di riduzione dei costi delle transazioni transnazionali; G. ALPA E C. CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 146 s., i quali evidenziano come un progetto di armonizzazione che prende le mosse da queste premesse e sottoposto *ab origine* a forti condizionamenti: da un lato, la troppo univoca correlazione tra attività economiche e forme giuridiche, dall'altro, l'esclusione di rilevanti settori quali i rapporti di famiglia e la disciplina delle successioni evidenzierà un diritto privato europeo fortemente squilibrato nelle sue parti; un diritto privato contraddistinto (e forse lacerato) da un doppio regime di regolamentazione. Alcuni settori dei rapporti privati risulteranno informati o addirittura regolamentati secondo principi e regole comuni, in altri, invece, albergheranno, pressoché incontaminate, le tradizioni giuridiche e culturali nazionali (o regionali).

³¹¹ O. LANDO, *Principles of European Contract Law. A first step forward a European Civil Law*, in *Revue de droit des affaires internationales*, 1997, p. 189. La Commissione Lando ha cominciato nel 1982 ad elaborare dei Principi di diritto europeo dei contratti che erano racchiusi, come il *Restatements* americano, in un testo strutturato su articoli commentati ed erano illustrati con esempi pratici. Essi si prefiggono lo scopo di fissare i principi generali di un diritto europeo dei contratti in una forma simile ad una codificazione.

³¹² G. VETTORI, *Carta dei diritti e codice europeo dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 673 ss.; P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in PERLINGIERI E CATERINI (a cura di), *Diritto dei consumi*, I, p. 10; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, op. cit., p. 508 ss. V. anche, N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 53, il quale con riferimento all'ipotizzato codice europeo dei contratti, afferma che "... Al di là dell'eventuale utilità pratica di una simile iniziativa (che verrebbe quanto meno a giuridicizzare prassi contrattuali che la dimensione internazionale degli scambi commerciali tende sempre di più ad uniformare), rimane comunque decisiva la constatazione che il moderno processo di codificazione assume cadenze del tutto diverse da quello antico e soprattutto, a differenza di quello, tende a limitarsi alla dimensione più propriamente mercantile, affidando alle singole legislazioni nazionali la tutela delle posizioni soggettive riconducibili a beni non appropriabili. In tale modo si verrebbe radicalizzando, proprio in chiave giuridica, la scissione tra interessi di segno economico e interessi di altra natura,

Le fattispecie in essere nell'ottica del diritto privato europeo, hanno particolare importanza nel definire modelli di raccordo, il cui aspetto ermeneutico principale è dato dalla buona fede, quale elemento regolatore del flusso informativo tra contraenti.

E', infatti, solo il richiamo alla buona fede ad orientare le scelte normative di respiro europeo: solo attraverso questo meccanismo endogeno al rapporto tra contraenti, è possibile giungere a soluzioni condivise che tengano in debito conto, da un lato l'interesse collettivo ad una sana concorrenza d'impresa e dall'altro l'interesse delle parti in gioco ad una "competizione" d'interessi mediata e sublimata dalla volontà di non prevaricare e comunque di contemperare gli interessi in gioco, in modo da non trasformare il *favor* nei confronti del consumatore in arbitrio a favore del consumatore.³¹³

Nel Progetto di Codice europeo dei contratti frequente è la soggezione del comportamento delle parti alla buona fede; ne consegue che per verificare se vi sia stata una violazione dei diritti dei consumatori la buona fede e la correttezza divengono dei criteri di valutazione del comportamento del professionista sia nella fase precontrattuale che in quella di esecuzione del contratto.

A tal fine risulta conveniente richiamare quell'orientamento dottrinale che nell'ambito del dibattito sulla natura soggettiva o oggettiva della buona fede, attribuisce alla stessa la funzione di parametro fondamentale per valutare la significatività dello squilibrio contrattuale.³¹⁴

In questi termini, questa clausola generale viene intesa quale espressione del principio di solidarietà costituzionale, il quale trova poi concretizzazione nei principi, di origine comunitaria, di proporzionalità, di ragionevolezza e di adeguatezza. Così, in presenza di situazioni sperequate l'applicazione di quest'ultimi impone una valutazione degli interessi sul piano quantitativo e qualitativo, e, nel contempo, lo svolgimento di un corretto bilanciamento degli interessi che la concreta fattispecie contrattuale presenta. Ne consegue che, letta in questo senso, viene attribuita alla buona fede una funzione adeguatrice del contratto.

Emerge, così, l'esigenza di predisporre una normativa che non sia soltanto rivolta alla strutturazione di un mercato unico interno all'Unione, a garanzia del corretto funzionamento delle regole concorrenziali, ma che sia anche, e soprattutto, finalizzata ad assicurare la predisposizione di un

che sembra essere proprio il terreno sul quale, all'inizio del nuovo millennio, si dovrà misurare la cifra unitaria dell'uomo in società ...".

³¹³ Nella normativa consumeristica, tra le varie previsioni, basti ricordare l'art. 3, comma 1, dir. n. 13 del 1993 in materia di clausole abusive, ove viene individuata nella contrarietà alla buona fede il criterio per valutare l'abusività di una clausola; ovvero, con riguardo alle pratiche commerciali scorrette, l'art. 2, lett. h, nel definire la diligenza professionale come il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori, stabilisce che essa va valutata rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista.

³¹⁴ Vedi R. GIAMPETRAGLIA, *Esercizio del recesso: modalità*, commento all'art. 64, *Decorrenze*, e commento all'art. 65, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di ALPA E CARLEO, 2005, 457 ss.

regolamento contrattuale che risulti conveniente per tutti i protagonisti del mercato, nella consapevolezza che ciò risulta imposto dai principi costituzionali e da quelli affermatesi a livello comunitario.³¹⁵

³¹⁵ N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 53, il quale con riferimento all'ipotizzato codice europeo dei contratti, afferma che al di là dell'eventuale utilità pratica di una simile iniziativa (che verrebbe quanto meno a giuridicizzare prassi contrattuali che la dimensione internazionale degli scambi commerciali tende sempre di più ad uniformare), rimane comunque decisiva la constatazione che il moderno processo di codificazione assume cadenze del tutto diverse da quello antico e soprattutto, a differenza di quello, tende a limitarsi alla dimensione più propriamente mercantile, affidando alle singole legislazioni nazionali la tutela delle posizioni soggettive riconducibili a beni non appropriabili. In tale modo si verrebbe radicalizzando, proprio in chiave giuridica, la scissione tra interessi di segno economico e interessi di altra natura, che sembra essere proprio il terreno sul quale, all'inizio del nuovo millennio, si dovrà misurare la cifra unitaria dell'uomo in società. Sul tema vedi anche P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in PERLINGIERI e CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, 2004, I, p. 10; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, *op. cit.*, p. 508 ss.; G. VETTORI, *Carta dei diritti e codice europeo dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 673 ss.

BIBLIOGRAFIA

A

- AA. VV., *Commentario Breve al Diritto dei consumatori*, a cura di G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA, Padova, 2010
- AA. VV., *Commentario al codice civile. D.Lg. 6 settembre 2005, n. 206. Codice del consumo*, a cura di CENDON, Milano, 2010,
- AA. VV., *Codice del consumo*, a cura di CUFFARO, Milano, 2008
- AA.VV., *Codice ipertestuale del consumo*, diretto da FRANZONI, Torino, 2008
- AA.VV., *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo* a cura di CESARO, Padova, 2007
- AA.VV., *Codice del consumo. Commentario* a cura di VETTORI, Padova, 2007
- AA.VV., *La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135 del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206). Commentario* a cura di BIANCA, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2006
- AA.VV., *Codice del consumo* a cura di CUFFARO, Milano, 2006
- AA.VV., *Codice del consumo – Commento al D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, in *Le nuove leggi amministrative, commenti a prima lettura*, coordinati da V. ITALIA, Milano, 2006
- AA.VV., *Commentario al codice del consumo. Inquadramento sistematico e prassi applicativa* a cura di STANZIONE e SCIANCALEPORE, Milano, 2006
- AA.VV., *Codice del consumo. Commentario del D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206* a cura di TRIPODI e BELLI, Rimini, 2006
- AA.VV., *Codice del consumo. Commentario* a cura di ALPA E ROSSI CARLEO, Napoli, 2005
- AA.VV., *Codice della vendita*, a cura di LUMINOSO e BUONOCORE, Milano, 2005

- AAVV., *La subfornitura* a cura di ALPA E CLARIZIA, Milano, 1999
- AA.VV., *La subfornitura* a cura di V. FRANCESCHELLI, Milano, 1999
- AA.VV., *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di CUFFARO, Napoli, 1998
- A. ALBANESE, *La violazione degli obblighi informativi nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Resp. civ.*, 2009
- A. ALBANESE *Commento all'art. 67 duodecies*, in AA.VV., *Codice ipertestuale del consumo*, Torino, 2008
- A. ALBANESE, *Contratto. Mercato. Responsabilità*, Milano, 2008
- A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003
- A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. dir. priv.*, 1999
- T. ALIBRANDI, *Sulla forma della revoca di diritto privato*, in *Foro it.*, 1996
- M. ALLARA, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1951
- G. ALPA e C. CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in *Riv. dir. civ.*, 2008
- G. ALPA e P. GAGGERO, *Trasparenza bancaria e contratti del consumatore*, in *Mercato finanziario e tutela del risparmio* a cura di GALGANO e VISINTINI, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, Padova, 2006
- G. ALPA, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori (commento al d. lgs. 19 agosto 2005, n. 190)*, in *Contr.*, 2005
- G. ALPA, *Art. 1, Finalità ed oggetto*, in AA. VV., a cura di ALPA e ROSSI CARLEO, *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005
- G. ALPA, M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato*, a cura di IUDICA, ZATTI, Milano, 2005

- G. ALPA, *Quando il segno diventa comando: la trasparenza dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003
- G. ALPA E R. DANOVÌ, *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori. L'integrazione europea e il processo civile. Materiali del seminario del 12 luglio 2002*, Milano, 2003
- G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1999
- G. ALPA, *Il codice civile europeo: «ex pluribus unum»*, in *Contr. impr./Eur.*, 1999
- G. ALPA, *La nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, in *Studium iuris*, 1998
- G. ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 1998
- G. ALPA, *Proposte di modifica del trattato CEE in tema di tutela del consumatore*, *Contr. impr./Eur.*, 1996
- G. ALPA, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. civ.*, III, Torino, 1988
- G. ALPA – M. BESSONE, *Il consumatore e l'Europa*, Padova, 1980
- AMBROSOLI, *Doveri di informazione dell'intermediario finanziario e sanzioni*, in *Contr.*, 2005
- A. F. ASTONE, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di LIPARI, Padova, 2003
- F. ASTONE, *I contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, Padova, 2003
- M. ATELLI, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari e tutela del consumatore europeo nella direttiva 2002/65/CE*, in *Corr. giur.*, 2003
- M. ATELLI, *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza*, Torino, 2001
- M. ATELLI, *Il problema della sindacabilità della decisione di esercizio dello ius poenitendi attribuito ex lege al consumatore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001

B

- R. BAILLOD, *Le droit de repentir*, *Revue trim. droit civ.*, 1984
- P. BALZARINI, *Attuazione della direttiva sulla vendita a distanza di servizi finanziari*, in *Riv. soc.*, 2005
- M. BARALDI, *Le mobili frontiere dell'abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum dall'apertura di credito a tempo indeterminato*, in *Contr. impr.*, 2001
- A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in AA.VV., *La subfornitura nelle attività produttive* a cura di CUFFARO, NAPOLI, 1998
- F. BARBERIS, *Le vendite a domicilio nella Repubblica federale tedesca. La legge 16 gennaio 1986*, in *Quadrimestre*, 1987
- M. BARCELLONA, *Diritto europeo e sistema delle fonti*, in *Atti del convegno della società italiana degli studiosi di diritto civile*, Napoli 2006
- A. BARENGHI, *Disciplina dell'intermediazione finanziaria e nullità degli ordini di acquisto*, in *Giur. mer.*, 2007
- A. BARENGHI, *I contratti per adesione e le clausole vessatorie*, in *Trattato di diritto privato europeo*, Vol. III, *L'attività e il contratto*, a cura di LIPARI, Milano, 2003
- S. BASTIANON, *Prime osservazioni sulla direttiva 97/7/CE in tema di contratti a distanza*, in *Resp. civ. prev.*, 1997
- E. BATTELLI, *Gli effetti del diritto di recesso in relazione alle spese di consegna dei beni*, in *Giur. it.*, 2011
- H. BEALE, *General clauses and specific rules in The principles of European contract law: the good faith clause*, in S. GRUNDMAN e D. MAZEAUD, *General clauses and standard in European contract law*, Kluwer law international, 2006
- A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Trattato Bessone*, Torino, 2003, p. 300 ss.;
- A. BELFIORE, *Condizioni potestative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985

- G. BELLANTUONO, *Gli effetti del recesso nelle negoziazione fuori dei locali commerciali*, in JANNARELLI, *Le vendite aggressive e le vendite a distanza*, Napoli, 1995
- G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2005
- S. BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, in AA.VV., *Squilibrio e usura nei contratti* a cura di VETTORI, Padova, 2002
- C. BERTI E B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2004
- A. BERTOLOTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2008;
- B. BESSONE, *La tutela del consumatore nella recente evoluzione del diritto francese*, in *Foro it.*, 1974
- M. BESSONE, *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986
- C. M. BIANCA, *Il contratto. Diritto civile*, III, Milano, 2000
- G. BIANCO, *Brevi considerazioni sui diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti*, in BARBA, *La disciplina dei consumatori e degli utenti*, Napoli, 2000
- G. BISOGNI, *Introduzione al convegno “ Un diritto civile per l'Europa ”*, Atti del convegno internazionale “ *Un diritto civile per l'Europa* ”, Roma 17 febbraio 2007
- F. BONACCORSI, *Le S.U. e la responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Danno e resp.*, 2008
- G. BONFIGLIO, *La rilevabilità di ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004
- F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura. La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni ed internazionali*, Padova, 1999
- F. BRAVO, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, in *Contr.*, 2008
- U. BRECCIA, *Prospettive del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001

- F. BRUNO, *Derivati OTC e incomprensibile svalutazione dell'autocertificazione del legale rappresentante della società acquirente*, in *Corr. mer.*, 2008
- R. BRUNO, *L'esperienza dell'investitore e l'informazione adeguata e necessaria*, in *Giur. comm.*, 2008
- F. BRUNO E A. ROZZI, *Le S.U. sciolgono i dubbi sugli effetti della violazione degli obblighi di informazione*, in *Giur. comm.*, 2008
- V. BULFARO, *La responsabilità contrattuale dell'intermediario per violazione del dovere di informazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007

C

- L. A. CAGGIANO, *I doveri d'informazione dell'intermediario finanziario nella formazione ed esecuzione del contratto. Violazione e rimedi*, in *Dir. giur.*, 2006
- C. CALDERONI, *Presupposizione e disciplina del contratto*, in *Giust. civ.*, 1998
- R. CALVO, *Il codice del consumo tra "consolidazione" di leggi e autonomia privata*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006
- R. CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, XXXIV, Padova, 2005
- F. CANALE, *Commento all'art. 1, d. lg. 50/92*, in *Commentario al Decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 1993
- S. CANNALIRE, *Osservatorio comunitario. Commento al Libro verde della Commissione europea del 8 febbraio 2007*, in *Contr.*, 2007
- F. CARINGELLA – G. DE MARZO, *I contratti dei consumatori*, Milano, 2007
- F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938
- F. CARRESI, *Il contratto*, Milano, 1987

- M. CARTELLA, *La disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Giur. comm.*, 1992
- M. CASTELLANETA, *Il giudice interno può annullare d'ufficio il contratto se è mancata l'informazione sul diritto di recesso*, in *Guida dir.*, 2010
- C. CASTRONOVO, *I principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1995
- C. CASTRONOVO, *Verso un codice civile europeo: i principi di diritto europeo dei contratti*, in *Vita not.*, 2004
- D. CERINI, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori: lieto fine comunitario nella direttiva 2002/65/CE*, in *Dir. econ. assic.*, 2003
- M. C. CHERUBINI, *Ius se poenitendi*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 2007,
- M. C. CHERUBINI, *Tutela del contraente debole nella formazione del contratto*, Milano, 2005
- M.C. CHERUBINI, *Sul c.d. diritto di ripensamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1999
- G. CHINÉ, *Consumatore (contratti del)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 2000
- E. CIPRIANI, *La tutela del consumatore: tendenze della legislazione regionale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1991
- R. COLAGRANDE, *Diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 1998
- C. COMPORI, *L'offerta fuori sede di strumenti finanziari nel diritto comunitario: situazione attuale e prospettive di riforma*, in *Diritto, banca, mercato fin.*, 2003
- N. A. CORRADO, *Schulte c. Deutsche Bausparkasse Badenia AG*, in *Guida dir.*, 2005
- R. CORRADO, *Recesso, revoca, disdetta (chiarimenti sistematici)*, in *Dir. econ.*, 1956
- M. COSTANZA, *Revoca*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 1998

- G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle S.U.: chiose, considerazioni e un elogio dei giudici*, in *Giur. it.*, 2008

D

- A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008
- G. D'ALFONSO, *Violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari: la tutela del risparmiatore tra rimedi restitutori e risarcitori*, in *Resp. civ.*, 2008
- G. D'AMICO, *Formazione del contratto*, in *Enc. dir. Annali*, II, 2009
- F. D'ARCANGELO *I Contratti negoziati fuori dei locali commerciali nell'elaborazione della giurisprudenza*, in *Il Giudice di pace*, 2001
- W. D'AVANZO, *Recesso (diritto civile)*, *Nov. dig. it.*, XVI, Torino, 1967
- V.G. DE CRISTOFARO, *Ius poenitendi del consumatore e contratti di credito nella Dir. 2008/48/Ce*, in *Giur. it.*, 2010
- G. DE CRISTOFARO, *Il Codice del consumo*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2006
- V. G. DE CRISTOFARO, *Contratti aventi ad oggetto "servizi finanziari" stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d. lg. 19.8.2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2006
- G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Studium iuris*, 1999
- G. DEJANA, *Contrarius consensus*, in *Riv. dir. priv.*, 1939
- F. DELFINI, *Contratto di subfornitura e contenuto*, in AA.VV., *La subfornitura* a cura di DE NOVA, Milano, 1998
- L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso della dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la disciplina antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998

- L. DELOGU, *Leggendo il codice del Consumo alla ricerca della nozione di consumatore*, in *Contr. impr. /Eur.*, 2006
- G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000
- G. DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994
- M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002
- F. DI CIOMMO, *Recesso dal contratto di apertura di credito e abuso del diritto*, in *Contr.*, 2000
- F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza*, in *I contratti dei consumatori* a cura di GABRIELLI e MINERVINI, II, in *Trattato dei contratti* diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, Torino, 2009
- A. DI MAIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, IV, *Delle obbligazioni*, (artt. 1173-176 c.c.), Bologna-Roma, 1998
- DI MAJO, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, in *Corr. giur.*, 2005
- V. A. DI MAJO, *Il Linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005
- A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003
- F. DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti (Note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002
- L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali aggressive*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, diretto da DE CRISTOFARO, CALVO, CIATTI, Torino, 2008
- M. DONA, *Il futuro della tutela contrattuale dei consumatori alla luce della Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Obbl. contr.*, 2009
- M. DONA, *Il codice del consumo. Regole e significati*, Torino, 2005
- U. DRAETTA, *La protezione dei consumatori e i servizi finanziari forniti a distanza: la legge italiana della direttiva comunitaria*, in *Dir. comm. internaz.*, 2005

F

- P. FABBIO, *Questioni in materia d'inibitoria collettiva ex art. 1469 sexies c.c. alla luce della L. 30 luglio 1998, n. 281 sui diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Giur. comm.*, 2003
- M.G. FALZONE CALVISI, *Il "taglia e incolla" non si addice al legislatore*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006
- G. B. Ferri, *La causa nella teoria del contratto*, in AA. VV., *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di VACCA, Torino, 1997
- L. FERRI, *Revoca (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989
- G.B. FERRO, *La vendita "porta a porta"*, in *Nuova giur. civ.*, 1998
- P. FIORIO, *La nozione di operatore qualificato per l'investitore persona giuridica*, in *Giur. it.*, 2008
- P. FIORIO, *Offerte a distanza e fuori sede tra testo unico della finanza, nuovo regolamento intermediari e codice del consumo*, in www.ilcaso.it
- M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto: efficacia del contratto e recesso unilaterale (artt. 1372-1373)*, in *Il codice civile*, commentario diretto da SCHLESINGHER, I, Milano, 1998
- A. FRATERNALE, *I contratti a distanza*, Milano, 2002

G

- G. GABRIELLI, *L'attuazione in Germania e Italia della direttiva europea sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Eur. dir. priv.*, 2000
- G. GABRIELLI, F. PADOVINI, *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1998

- G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985
- F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004
- F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000
- F. GALGANO, *Abusi del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. impr.*, 1998
- F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997
- G. GANDOLFI, *L'unificazione del diritto dei contratti in Europa mediante o senza legge?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993
- A. GENOVESE, *Contratti standard e interpretazione oggettiva*, Milano, 2004
- G.G. GENTILE, *Revoca degli atti: 1) Profili generali: diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991
- A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le SU*, in *Contr.*, 2008
- A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *Contr.*, 2006
- M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003
- R. GIAMPETRAGLIA, *El nuevo derecho de rescision en la propuesta COM 614-2008*, in *Revista de derecho privado*, 2011
- R. GIAMPETRAGLIA, *Commento agli artt.67 duodecies, 67 ter-decies e 67- quater decies del Codice del Consumo, 356 ss.*, in AA. VV., *Le modifiche a codice del consumo*, a cura di MINERVINI e ROSSI CARLEO, Torino, 2009
- R. GIAMPETRAGLIA, *Il diritto di recesso nel codice del consumo*, in *Notar.*, 2007
- R. GIAMPETRAGLIA, *art. 55 (Esclusioni), art 59 (Vendita tramite mezzo televisivo), art 64 (Esercizio del diritto di recesso), art 65 (Decorrenze), art 66 (Effetti del recesso), art 67 (Ulteriori obbligazioni delle parti)*, in *Codice del Consumo. Commentario* a cura di ALPA e ROSSI CARLEO, Napoli, 2005

- R. GIAMPETRAGLIA, *Effetti del diritto di recesso*, commento all'art. 66, in *Codice del consumo*, a cura di ALPA e CARLEO, Napoli, 2005
- R. GIAMPETRAGLIA, *Ulteriori obbligazioni delle parti*, commento all'art. 66, in *Codice del consumo*, a cura di ALPA E CARLEO, Napoli, 2005
- GIAMPETRAGLIA, *Protestatio contra factum non valet*, Napoli, 2000
- A. GIOIA, *Nuova nullità relative alla tutela del contraente debole*, in *Contr. impr.*, 1999
- F. GIRINO, *Presupposizione*, in *Nov. dig. it.*, XIII, Torino, 1966
- M. GIURGOLA, *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari: l'epilogo di una lunga attesa*, in *Soc.*, 2003
- A. GIUSSANI, *La tutela di interessi collettivi nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, in *Danno resp.*, 1998
- M. GORGONI, *L'obbligo restitutorio quale effetto del recesso da un contratto negoziato fuori dai locali commerciali*, in *Contr.*, 2000
- M. GORGONI, voce *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994
- M. GORGONI, *Sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali alla luce del D. Lg. N. 50/92*, in *Contr. impr.*, 1993
- M. GORGONI, *Sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali alla luce del D. lgs. n. 50/1992*, in *Contr. impr.*, 1993
- C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1983
- E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano, 2002
- F. GRECO, *Verso la contrattualizzazione dell'informazione precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007
- F. GRECO, *Profilo del contratto del consumatore*, Napoli, 2005
- G. Grisi, *Lo ius poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001
- G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990

- G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999
- G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999

H

- V.M. HESSELINK, *Common frame of reference & social justice, Centre for the study of European contract law working paper series*, 2008, in [http:// ssrn.com](http://ssrn.com)

I

- E. IORATTI, *Codice Civile Europeo: un approccio metodologico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003
- N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998
- N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999

J

- A. JANNARELLI, *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 LIPARI, III, *L'attività e il contratto*, Torino, 2003
- A. JANNARELLI, *Le vendite aggressive (vendite stipulate fuori dai locali commerciali nel diritto italiano ed europeo)*, Napoli, 1995
- A. JANNARELLI, *Le vendite aggressive*, Napoli, 1996
- A. JANNARELLI, *La tutela dei consumatori nella negoziazione fuori dai locali commerciali: introduzione generale*, in AA.VV., *Le vendite aggressive*, Napoli, 1995

L

- O. LANDO, *Is good faith an over-arching general clause in the principles o european contract law?*, in *Eur. review private law*, 2007
- N. LIPARI, *Commentario al Decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 1993
- N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008
- M. A. LIVI, *L'attuazione della direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza*, in *Contr. impr./Eur.*, 1998
- M. A. LIVI, *Decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50, sub. Art. 5*, in *Commentario*, a cura di LIPARI, *Nuove leg. civ. comm.*, 1993
- M. A. LIVI, *Commento all'art. 5 d. lg. 50/92*, in *Commentario al decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50*, a cura di LIPARI, in *Nuove leg. civ. comm.*, 1992
- M. LOBUONO, *Informazione sul diritto di recesso e tutela del consumatore*, in *Le vendite aggressive* a cura di JANNARELLI, Napoli, 1995
- P. LONGHINI, *Servizi finanziari telematici. La tutela di investitori, risparmiatori ed assicurati: commento al D. Lgs. 19 agosto 2005, n. 190*, Milano, 2006
- T. LONGU, *Il divieto di abusi di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000
- F. LUCCHESI, A. GORGONI, S. MEUCCI, G. PASSAGNOLI, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di VETTORI, Padova, 2007
- A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980
- N. LUPO, *Dai testi unici "misti" ai codici: un nuovo strumentario per le politiche di semplificazione*, in *Studium iuris*, 2004

M

- F. MACIOCE, *Rinuncia*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1998
- V. MACIOCE, *La presupposizione*, in *I contratti in generale*, a cura di ALPA e BESSONE, in *Giur. sist. Dir. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1991
- C. MACRÌ, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali (Commento al d. lg. 15 gennaio 1992 n. 50)*, Torino, 1998
- A.M. MANCALEONI, *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, Napoli, 2005
- A.M. MANCALEONI, *La tutela del consumatore nei contratti a distanza alla luce della futura direttiva sul commercio elettronico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000
- G. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. I – Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Milano, 1962
- P. MANES, *Il diritto di pentimento nei contratti dei consumatori dalla legislazione francese alla normativa italiana in attuazione della direttiva 85/577*, in *Contr. impr.*, 1996
- B. MANFREDONIA, *I servizi finanziari on line e la tutela del consumatore “telematico”*, in *Rass. dir. civ.*, 2004
- M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, a cura di ROPPO, V, Milano, 2006
- V. MARICONDA, *L’insegnamento delle S.U. sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008
- M. MARTINES, *Teoria e prassi sull’abuso del diritto*, Padova, 2006
- F. MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1958
- S. MARTUCELLI, *L’interpretazione dei contratti del consumatore*, Milano, 2000
- F. MASCHIO, *Obblighi informativi nel commercio elettronico. Buona fede e trattamento dei dati personali*, in *Corr. giur.*, 2001

- F. MASTROROSA, *La commercializzazione a distanza di prodotti finanziari: la direttiva 23 settembre 2002 n. 65 e il decreto legislativo di attuazione 19 agosto 2005 n. 190*, in *Dir. internet*, 2006
- U. MATTEI, *Il problema della codificazione civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie e sviluppi*, in *Contr. impr./Eur.*, 1998
- S. MAZZAMUTO, *I rimedi*, in AA.VV., *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di CASTRONOVO – MAZZAMUTO, II, Milano, 2007
- F. MAZZINI, *Servizi di pagamento: per il consumatore arriva maggiore trasparenza sulle offerte*, in *Guida dir.*, 2010
- F. MAZZINI, *Una mera semplificazione lessicale dietro la scomparsa dell'intermediario*, in *Guida dir.*, 2005
- MAZZONI, *Contro una falsa categoria : i consumatori*, in *Giust. cost.*, 1976
- L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992
- G. MERUZZI, *La responsabilit precontrattuale tra regola di validit  e regola di condotta*, in *Contr. impr.*, 2006
- M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2004; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000
- E. MINERVINI *Codice del consumo*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Aggiornamento*, III, Torino, 2007
- G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1958
- L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Milano, 2008
- E. MORELLATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza e neoformalismo*, Padova, 2006
- V. MORELLI, *I contratti non negoziati (A proposito di una ipotesi ricostruttiva del contratto dei consumatori nel sistema della contrattazione di massa)*, in *Giust. civ.*, 2001
- L.V. MOSCARINI, *Diritti ed obblighi di informazione e forma del contratto*, in *Diritto privato ed interessi pubblici*, I, Milano, 2001

- L.V. MOSCARINI, *Diritto di recesso e contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Materiali e commenti nel nuovo diritto dei contratti*, a cura di VETTORI, Padova, 1999
- C. MOTTI, *L'attestazione della qualità di operatore qualificato nelle operazioni in strumenti derivati fra banche e società non quotate*, in *Giur. it.*, 2008
- A. MUSSO, *La subfornitura*, Bologna, 2003

N

- U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell' abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958
- M. NUZZO, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO, Napoli, 2005

O

- G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998
- F. ORIANA, *La legge francese sulla vendita a domicilio e la protezione del consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975
- M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto* in *Riv. dir. civ.*, 2010

P

- S. PANZINI, *Violazione dei doveri di informazione da parte degli intermediari finanziari tra culpa in contraendo e responsabilità professionale*, in *Contr. impr.*, 2007
- M. T. PARACAMPO, *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari e la tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006

- S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. priv.*, I, Torino, 1987
- A.C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975
- P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persone e mercato*, Napoli, 2003
- P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006
- C. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008
- G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla scia dell'abuso del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2004
- A. PIRAS, *Contratti derivati: principali problematiche al vaglio della giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2008
- M. PITTALI, *La clausola di ripensamento nell'autodisciplina delle vendite a domicilio*, in *Contr. impr.*, 1990
- P. POLLICE, Relazione su: “*Unificazione e armonizzazione del diritto privato dei contratti*”, tenuta al Convegno italo - tedesco di Napoli del 7-8 novembre 2007
- E. POMINI, *Informazione e tutela del consumatore nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Contr.*, 2004
- V. PONTI, *La legge n. 72/1137 del 22 dicembre 1972 relativa alle vendite a domicilio: un passo avanti nella tutela del consumatore in Francia*, in *Riv. soc.*, 1974
- A.M. PRINCIGALLI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato europeo* a cura di LIPARI, Padova, 2003
- A. M. PRINCIGALLI, *La tutela del consumatore*, in *Le vendite aggressive*, a cura di JANNARELLI, Napoli, 1995
- A. PRINCIGALLI, *Il consumatore e l'operatore commerciale*, in *Le vendite aggressive*, a cura di JANNARELLI, Napoli, 1995
- F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002
- C.A. PUPPO, *Contratti a distanza e recesso nella giurisprudenza comunitaria*, in *Contr.*, 2010

Q

- E. QUADRI, *Nullità e tutela del contraente debole*, in *Contr. impr.*, 2001

R

- E. RAVERA, *Il recesso*, Milano, 2004
- C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007
- F. RICCI, *La disciplina delle vendite a distanza dei consumatori*, in *I contratti informativi*, a cura di CLARIZIA, Torino 2007
- A. RICCOBENE, *Violazione del diritto comunitario e tutela dei singoli*, in *Eur. dir. priv.*, 2002
- G. S. RICHTER, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. trim.*, 1997
- V. RIZZO, *Relazione conclusive tenuta alla giornata di studio su "Tutela del consumatore e recenti interventi legislativi"*, Centro di studi giuridici sui diritti dei consumatori, Terni, 26 aprile 2007
- V. RIZZO, *Presentazione del Convegno*, in ID. (a cura di), *Diritto privato comunitario. Fonti, princípi, obbligazioni e contratti*, I, Napoli, 1997
- F. ROCCO, *La convalescenza dei negozi giuridici e l'art. 137 del codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1910
- S. ROMANO, *Revoca (diritto privato)*, in *Nov. dig. it.*, XV, 1968
- F. RONCARATI, *La direttiva 2002/65/CE concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, in *Banca, impr. soc.*, 2004
- V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, Milano, 2001

- V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un paradigma*, in *Il contratto del duemila*, Torino, 2005
- V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici con postilla sul terzo contratto*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, III, Milano, 2008
- V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001
- L. ROSSI CARLEO, *Il Codice del consumo: prime impressioni fra critiche e consensi*, *Nuove leg. civ. comm.*, 2006,
- L. ROSSI CARLEO, *Commento all'art. 5*, in *Commentario al Codice del consumo*, a cura di ALPA – ROSSI CARLEO, Napoli, 2005
- L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione tra regole di mercato e protezione del consumatore*, commento all'art. 5, in *Codice del consumo*, a cura di ALPA - CARLEO, Napoli, 2005
- L. ROSSI CARLEO, *La codificazione di settore : il codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, 2005
- L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004
- L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione nei suoi aspetti privatistici*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II
- B. RUGGIERO, *La disciplina dei contratti a distanza*, in *Rass. dir. civ.*, 2001
- E. RUSSO, *Il termine del negozio giuridico*, Milano, 1973

S

- R. SACCO, *L'interpretazione* in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto in Trattato di diritto civile*, a cura di SACCO, Torino, 2004
- R. SACCO, *Il diritto soggettivo. L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Torino, 2001

- R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Il diritto soggettivo*, a cura di - ALPA – GRAZIADEI – MONATERI SACCO, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 2001
- R. SACCO E G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, II, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO, Torino, 2001
- R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 1994
- R. SACCO, *La conclusione dell'accordo*, ne *I contratti in generale*, a cura di GABRIELLI, II Torino, 1993
- R. C. SALVI, *Abuso del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988
- S. SANGIORGI., *Recesso*, *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma
- V. SANGIOVANNI, *Contratti derivati e dichiarazione del rappresentante legale*, in *Corr. mer.*, 2008
- V. SANGIOVANNI, *Il diritto di recesso nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Contr.*, 2008
- P. SANNA, *Considerazioni a margine del D. lgs. 22 maggio 1999, n. 185 in tema di tutela dei consumatori nei contratti a distanza*, in *Resp. civ. prev.*, 2000
- F. SANTORO, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contr. impr.*, 1986
- F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997
- N. SCANNICCHIO, *Il perfezionamento del contratto nel diritto privato europeo*, in *Trattato di diritto privato europeo* a cura di LIPARI, Padova, 1998
- V. N. SCANNICCHIO, *Vendite fuori dai locali dell'impresa, diritto di recesso ed effetti delle direttive comunitarie nei rapporti tra privati*, in *Giur. it.*, 1996
- N. SCANNICCHIO, *Vendita a distanza e mezzi di comunicazione istantanei*, in *Le vendite aggressive* a cura di JANNARELLI, Napoli, 1995
- R. SCHULZE, *Il diritto privato comune europeo*, in *Rass. dir. civ.*, 1997

- G. SCIANCALEPORE, *Le pratiche commerciali*, in *La tutela del consumatore*, a cura di STANZIONE, MUSIO, XXX, Torino, 2009
- C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, in AA.VV., *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, a cura di DI MARZIO, Milano, 2001
- C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale dell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 1997
- R. SCOGNAMIGLIO, *Il contratto*, Milano, 1961
- M. SESTA, *La dichiarazione di operatore qualificato ex art. 31 reg. Consob n. 11522/1998 tra obblighi dell'intermediario finanziario ed auto responsabilità del dichiarante*, in *Corr. giur.*, 2008
- P. SIRENA, *Effetti e vincolo* in *Trattato del contratto* diretto da ROPPO, III, *Effetti*, a cura di COSTANZA, Milano, 2006
- B. SIRGIOVANNI, *Interpretazione del contratto non negoziato con il consumatore*, in *Rass. dir. civ.*, 2006
- A. STOPPA, *Commento al D. Lg. 15 gennaio 1992, n. 50*, in *Commentario breve al Codice civile, Leggi complementari*, a cura di ALPA e ZATTI, Padova, 1992

T

- M. TALAMANCA, *Osservazioni sulla struttura del negozio di revoca*, in *Riv. dir. civ.*, 1964
- B. TASSONE, *Vendita fuori dai locali commerciali*, in *Vendita*, XV, I, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di CENDON, Torino, 2004
- C. TOMASSETTI, *Obblighi di informazione e responsabilità nella disciplina della vendita "porta a porta"*, in AA.VV., *Materiali e commento sul nuovo diritto del contratto*, a cura di VETTORI, Padova, 1999
- F. TOMMASI, *Contratti e tutela del consumatore*, Milano, 2007

- A. TORELLI, *Contratti a distanza e tutela del consumatore. La nuova disciplina nella commercializzazione dei servizi finanziari*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2006
- F. TORIELLO, *La direttiva sulla vendita a distanza: prime note di commento*, in *Contr. impr.*, 1997
- TORRASI F. *Caparra confirmatoria e rimedi per la parte non inadempiente* in *Contr.*, 2009
- C. G. TRABUCCHI, *Commentario breve del codice civile*, Padova, 1984
- C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990
- D. VALENTINO, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza*, in AA. VV., *I contratti dei consumatori* a cura di GABRIELLI e MINERVINI, in *Trattato dei contratti* diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, Torino, 2005

V

- D. VALENTINO, *Obblighi di informazione e vendite a distanza*, in *Rass. dir. civ.*, 1998
- D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996
- G. VETTORI, *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obbl. contr.*, 2007
- G. VETTORI, *Carta dei diritti e codice europeo dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002
- G. VETTORI, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di VETTORI, *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999
- F. VIGLIONE, *L'interpretazione del contratto nella common law inglese. Problemi e prospettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2008

Z

- A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997
- V. Z. ZENCOVICH, *La direttiva sui servizi finanziari a distanza resi al risparmiatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002
- V. Z. ZENCOVICH, *La tutela del fruitore dei servizi finanziari resi attraverso reti telematiche*, in *Dir. inform.*, 2001
- V. ZENO ZENCOVICH, *Il «codice civile europeo», le tradizioni giuridiche nazionali e il neo positivismo*, in *Foro it.*, 1998
- V. Z. ZENCOVICH, in A.D. CANDIAN, *Il diritto di ripensamento nella disciplina del contratto di assicurazione sulla vita: una nuova forma di tutela dell'assicurato*, in *Dir. econ. assic.*, 1996
- N. ZORZI, *La disciplina europea dei servizi finanziari*, in AA.VV., *Il contratto telematico*, a cura di RICCIUTO e ZORZI, Padova, 2002
- N. ZORZI GALGANO, *Lo ius se poenitendi del consumatore*, in *Vita Not.*, 2007

GIURISPRUDENZA
CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA

- Corte di giustizia CE, 3 settembre 2009, causa C-489/07, in *Contr.*, 2010
- Corte di giustizia CE, 4 giugno 2009, causa C-243/08, su *www.ambientediritto.it*
- Corte di giustizia CE, 26 ottobre 2006, causa C-168/05, in *Racc.*, 2006
- Corte di giustizia CE, 14 luglio 1994, causa n. C-91/92, in *Racc.*, 1994
- Boll. CEE 3-90, 1.1.1993
- *G.U.C.E.* 21.04.1993, n. L. 95/29
- *G.U.C.E.*, 05.07.1987, n. C 167/1
- *G.U.C.E.* 07.01.1987, n. C 3/1

GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA'

- Cass. civ., 18 settembre 2009 n. 20106, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 147, con nota di ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*
- Cass. SS.UU., 14 gennaio 2009 n. 553, in *Contr.*, 2009, 779, con nota di TORRASI F. *Caparra confirmatoria e rimedi per la parte non inadempiente*
- Cass. civ., sez.III, 25 maggio 2007 n. 12235, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 1177, con nota di AZZARI, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il revirement della Suprema Corte*
- Cass. civ., 19 dicembre 2007 n. 26724, in *Giur. comm.*, 2008, 604
- Cass. civ., 19 dicembre 2007 n. 26725, in *Giur. comm.*, 2008, 344
- Cass. civ., 16 febbraio 2007 n. 3683, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 999
- Cass. civ., 7 giugno 2006 n. 13345, in *Resp. civ.*, 2007, 596
- Cass. civ., 11 gennaio 2006 n. 264, in *Giust. civ.* 2006, 518
- Cass. civ., 29 settembre 2005 n. 19024, *Danno e resp.*, 2006, 25
- Cass. civ., 17 febbraio 2004 n. 2992, in *Dir. giust.*, 2004, 34
- Cass. civ., 3 ottobre 2003 n. 14762, in *Dir. giust.*, 2003, 43
- Cass. civ., 16 ottobre 2003 n. 15482, in *Foro it.*, 2004, 1485
- Cass. civ., 14 luglio 2003 n. 10983, in *Il giudice di pace*, 2005, 16, con nota di D'ARCANGELO, *Il foro del consumatore nei contratti conclusi fuori dai locali commerciali*
- Cass. civ., 7 marzo 2001 n. 3272, in *Giust. civ.*, 2001, 2109
- Cass. civ., 30 luglio 2001 n. 10429, in *Mass. giust. civ.*, 2001, 1506
- Cass. civ., 14 gennaio 2000 n. 372, in *Foro it.*, 2000, 1640
- Cass. civ., 14 aprile 2000 n. 4843, in *Corr. giur.*, 2001, 524
- Cass. civ., 14 luglio 2000 n. 9321, in *Contr.*, 2000, 1111, con nota di DI CIOMMO, *Recesso dal contratto di apertura di credito e abuso del diritto.*

- Cass. civ. 24 luglio 2000 n. 9692, in *Giust. civ.*, 2001, 769
- Cass. civ., 22 novembre 2000 n. 15066, in *Contr.*, 2001, 791
- Cass. civ., 15 settembre 1999 n. 9840, in *Giur. it.*, 2000, 1161
- Cass. civ., 11 giugno 1999 n. 5747, *Giur. it.*, 2000, 705
- Cass. civ., 4 giugno 1998 n. 5476, in *Giust. civ.*, 1998, 2499
- Cass. civ., 29 ottobre 1998 n.10809, in *Arch. civ.* 1999, 316
- Cass. civ., 24 marzo 1998 n. 3083, in *Giust. civ.*, 1998, 316
- Cass. civ., 21 maggio 1997 n. 4538, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1997, 648
- Cass. civ., 26 settembre 1996 n. 8504, in *Foro it.*, 1996, 3336
- Cass. civ., 20 marzo 1996 n. 2369, in *Foro it.*, 1996, 1665
- Cass. civ., 25 gennaio 1992 n. 812, in *Giur. it.*, 1993, 128
- Cass. civ., 17 maggio 1986 n. 3266 in *Giust. civ.*, 1987, 1228
- Cass. civ., 17 giugno 1985 n. 3642, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, 284
- Cass. civ., 4 dicembre 1982 n. 6601, in *Giust. civ.*, 1983, 1178
- Cass. civ., 22 settembre 1981 n. 5168, in *Foro it.*, 1982, 104

GIURISPRUDENZA DI MERITO

- Trib. Milano, 25 luglio 2005, in *Danno e resp.*, 2005, 613
- Trib. Genova, 15 marzo 2005, in *Contr.*, 2005, 1085
- Trib. Taranto, 27 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, 896
- Trib. Mantova, 18 marzo 2004, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, 297
- Trib. Verbania 23 aprile 2002, in *Giur. mer.*, 2002, 1193
- Trib. Bari 31 agosto 2001, in *Giur. it.*, 2002, 1192
- Trib. Roma, 28 ottobre 2000, in *Contr.*, 2001, 44
- Trib. Terni 13 luglio 1999, in *Rass. giur. umbra*, 2000, 72
- Trib. Milano 27 gennaio 1997, in *Contr.*, 1998, 48

INDICE DELLE LEGGI

- D. lgs. 23 ottobre 2007, n. 221
- D. Lgs. 22 maggio 1999, n. 185
- D. Lgs 50/1992

- Direttiva 2011/83/UE
- Direttiva 2005/29/CE
- Direttiva 2002/65/CE
- Direttiva 2001/95/CE
- Direttiva 2000/31/CE
- Direttiva 99/93/CE
- Direttiva 99/44/CE
- Direttiva 99/34/CE
- Direttiva 98/6 /CE
- Direttiva 97/55/CE
- Direttiva 97/7/CE
- Direttiva 94/47/CE
- Direttiva 93/22/CE
- Direttiva 93/13/CE
- Direttiva 92/59/CE
- Direttiva 90/314/CE
- Direttive 90/88 /CE
- Direttiva 88/378/CE
- Direttiva 87/102/CE

- Direttiva 85/577/CE
- Direttiva 85/374/CE
- Direttiva 84/450/CE

- Legge n. 173/2005
- Legge n. 129/2004
- Legge n. 229/2003
- Legge n. 281/1998