



Università degli studi di Verona

DOTTORATO DI RICERCA IN  
DIRITTO PRIVATO EUROPEO DEI RAPPORTI  
PATRIMONIALI  
IN COTUTELA CON L'UNIVERSITÀ DI REGENSBURG

CICLO XXIV

COORDINATORE Prof. Tommaso dalla Massara

*IUS POENITENDI* E TUTELA DEL CONSUMATORE NEI  
CONTRATTI PER LA PRESTAZIONE DI SERVIZI  
CONCLUSI A DISTANZA E FUORI DEI LOCALI  
COMMERCIALI

Settore Scientifico Disciplinare IUS/01

**Tutores**

Prof. Dieter Henrich

Prof. Giovanni De Cristofaro

**Dottorando**

Dott. Vittorio Cardano

2009/2012



*Dem lebendigen Geist*  
*Für Elena Katharina, für uns*



Principali abbreviazioni tedesche .....	IX
---	----

## **CAPITOLO I**

### **OGGETTO E SCOPO DELLA RICERCA**

1. Il contesto della ricerca: la riforma del diritto europeo dei contratti di tutela del consumatore.....	1
2. Oggetto della ricerca: i problemi interpretativi sollevati dalle direttive 85/577/CEE e 97/7/CE in relazione alla disciplina del diritto di recesso nei contratti per la prestazione di servizi.....	5
3. Lo scopo della ricerca: verifica della idoneità della disciplina europea dello <i>ius poenitendi</i> ad assicurare una tutela efficace degli interessi economici dei consumatori nei contratti per la prestazione di servizi .....	11
4. Esclusione dal campo di indagine: i contratti relativi a servizi finanziari.....	14

## **CAPITOLO II**

### **LA NATURA GIURIDICA DELLO *IUS POENITENDI* DEL CONSUMATORE**

#### **SEZIONE I**

##### **La natura dello *ius poenitendi* del consumatore nel diritto italiano**

1. Il fondamento dello <i>ius poenitendi</i> del consumatore.....	19
2. Caratteristiche tipiche dello <i>ius poenitendi</i> : la gratuità e la discrezionalità .....	23
2.1. L'effettiva portata dei principi di gratuità e discrezionalità.....	27
2.1.1. Interpretazione restrittiva.....	27
2.1.2. Interpretazione estensiva .....	29

3. Il principio di irrinunciabilità dei diritti dei consumatori e la sua applicabilità allo <i>ius poenitendi</i> .....	32
4. <i>Critica</i> : il principio di irrinunciabilità interpretato alla luce della <i>ratio</i> di tutela del consumatore nei contratti “porta a porta” e “a distanza”.....	35
5. Problemi di qualificazione dello <i>ius poenitendi</i> del consumatore.....	39
6. <i>Segue</i> . Il dibattito dottrinale sulla qualificazione dello <i>ius poenitendi</i> .....	43

## SEZIONE II

### La natura dello *ius poenitendi* nel diritto tedesco

1. Lo <i>ius poenitendi</i> nell’ordinamento tedesco: ragioni di un’indagine comparata .....	47
2. Lo <i>ius poenitendi</i> nell’ordinamento tedesco prima della <i>Schuldrechtsreform</i> .....	50
2.1. Il <i>Widerrufsrecht</i> nello <i>Haustürwiderrufsgesetz</i> e la <i>Theorie der schwebenden Unwirksamkeit</i> .....	50
2.2. Critica alla <i>Theorie der schwebenden Unwirksamkeit</i> .....	54
3. L’abrogazione del § 2 <i>HWiG</i> e l’introduzione dello <i>ius poenitendi</i> del consumatore nel <i>BGB</i> .....	56
4. La posizione della dottrina in merito alla qualificazione dello <i>ius poenitendi</i> nel <i>BGB</i> a seguito della <i>Schuldrechtreform</i> .....	60
4.1. La differenza tra il <i>Widerrufsrecht ex § 355 BGB</i> e il <i>Widerrufsrecht ex § 130 BGB</i> .....	60
4.2. La qualificazione del <i>Widerrufsrecht</i> in termini di “speciale” <i>Rücktrittsrecht</i> ....	63
5. Osservazioni conclusive .....	66

## CAPITOLO III

### GLI EFFETTI DELLO *IUS POENITENDI* NEI CONTRATTI PER LA PRESTAZIONE DI SERVIZI NEL DIRITTO ITALIANO

#### SEZIONE I

##### La collocazione sistematica della disciplina degli effetti dello *ius poenitendi*

1. La “disciplina generale” degli effetti e delle condizioni di esercizio dello *ius poenitendi* nei contratti porta a porta e a distanza: l’art. 66 e l’art. 67 c.cons. .... 71
2. La “disciplina specifica” degli effetti e delle condizioni di esercizio dello *ius poenitendi* nei contratti per la prestazione di servizi: l’art. 48 e l’art. 55 co. 2, lett. a) c.cons. .... 74

#### SEZIONE II

##### La disciplina degli effetti dello *ius poenitendi* nei contratti conclusi fuori dei locali commerciali

1. L’efficacia *ex nunc* del recesso ..... 78
2. La *ratio* dell’art. 48 c.cons. .... 80
3. Ambito di applicazione dell’art. 48 c.cons. .... 83
4. La possibile valenza del consenso del consumatore alla fornitura del servizio prima della scadenza del termine per l’esercizio dello *ius poenitendi* ..... 86
5. I problemi interpretativi sollevati dall’art. 48 c.cons.: a) la portata dell’efficacia liberatoria dello *ius poenitendi* b) le ipotesi di sproporzione tra la prestazione di servizi eseguita dal professionista e il corrispettivo pattuito. .... 89
6. La portata dell’efficacia liberatoria dello *ius poenitendi* nei contratti per la prestazione di servizi conclusi porta a porta. .... 91

## INDICE-SOMMARIO

6.1. Lo <i>ius poenitendi</i> come diritto di pentirsi della proposta irrevocabile .....	93
6.2. Lo <i>Ius poenitendi</i> come diritto di pentirsi della proposta semplice .....	96
6.2.1. L'interpretazione restrittiva della efficacia dello <i>ius poenitendi</i> .....	96
6.2.2. L'interpretazione estensiva dell'efficacia dello <i>ius poenitendi</i> : esclusione dell'obbligo di indennizzare il professionista per l'avvenuto inizio dell'esecuzione della prestazione di servizi. ....	100
7. <i>Segue</i> . I problemi interpretativi sollevati dall'art. 48 c.cons.: la mancata previsione del <i>dies a quo</i> di produzione degli effetti dell'atto di esercizio dello <i>ius poenitendi</i> . ..	103
7.1 L'efficacia dello <i>ius poenitendi</i> al momento della «ricezione» da parte del professionista della dichiarazione di recesso: rilievi critici. ....	106
7.2. L'efficacia dello <i>ius poenitendi</i> al momento dell'«invio» da parte del consumatore della dichiarazione di recesso. ....	108
8. I problemi interpretativi sollevati dall'art. 48 c.cons.: la sproporzione tra il corrispettivo pattuito per l'esecuzione della prestazione di servizi e il servizio effettivamente fornito dal professionista. ....	110
8.1. Il riequilibrio delle prestazioni in base all'art. 1562 c.c.....	113
8.2. La nullità dell'accordo che prevede una sproporzione tra le prestazioni.....	114
8.3. La determinazione dell'obbligazione pecuniaria gravante in capo al consumatore .....	117
8.3.1. L'applicabilità della disciplina del pagamento d'indebito .....	117
8.3.2. L'applicabilità della disciplina dell'arricchimento senza causa.....	120

## SEZIONE III

### La disciplina delle condizioni di esercizio dello *ius poenitendi* nei contratti per la prestazione di servizi conclusi a distanza

1. Art. 55 co. 2°, lett. <i>a</i> ) c.cons. come eccezione allo <i>ius poenitendi</i> . ....	124
2. <i>Critica</i> : l'art. 55 co. 2°, lett. <i>a</i> ), cons., come ipotesi di rinuncia allo <i>ius poenitendi</i> . ..	126

3. La compatibilità dell'art. 55 co. 2°, lett. a), c.cons. con il principio di irrinunciabilità dei diritti.....	129
4. I presupposti per l'applicabilità dell'art. 55 co. 2°, lett. a) c.cons.....	132
4.1. Il consenso del consumatore all'esecuzione della prestazione di servizi.....	132
4.2. Inizio di esecuzione della prestazione da parte del professionista.....	135
4.2.1. La necessità dell'inizio di esecuzione ai fini dell'estinzione dello <i>ius poenitendi</i> .....	136
4.2.2. L'inizio di esecuzione della prestazione nei contratti ad esecuzione istantanea e di durata .....	137
4.2.3. Il <i>dies a quo</i> dell'obbligo del professionista di eseguire la prestazione .....	138
4.3. Informazione del consumatore.....	141
4.3.1. La rilevanza dell'informazione .....	141
4.3.2. La rilevanza dell'informazione nei contratti per la prestazione di servizi conclusi a distanza.....	142
5. L'obbligo di pagamento del corrispettivo.....	145
6. I profili disciplinari comuni alle disposizioni dell'art. 48 e dell'art. 55 co. 2° lett. a) c.cons. ....	147
7. Il profili disciplinari non comuni: il consenso del consumatore all'esecuzione della prestazione di servizi in pendenza del termine per recedere. ....	149

## CAPITOLO IV

### LA DIRETTIVA 2011/83/UE SUI DIRITTI DEI CONSUMATORI

#### SEZIONE I

##### L'*iter* di approvazione della direttiva sui diritti dei consumatori

1. Premessa .....	153
2. I lavori preparatori e l'approvazione della direttiva 2011/83/EU: il carattere imperativo e di armonizzazione completa delle nuove disposizioni. ....	155

## SEZIONE II

### L'ambito di applicazione della direttiva

1. Le nozioni di consumatore e di professionista .....	160
2. Le definizioni di «contratto a distanza» e di «contratto negoziato fuori dei locali commerciali» .....	162
3. Le definizioni di «contratto di servizi».....	166
3.1. La <i>ratio</i> della definizione .....	166
3.2. La portata della definizione di «contratto di servizi». ....	169
3.3. I contratti aventi ad oggetto contenuti digitali forniti su un supporto non materiale: esclusione dal campo di applicazione delle disposizioni relative ai contratti per la prestazione di servizi. ....	172
3.4. <i>Segue</i> : I contratti per la prestazione di servizi esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva. ....	175

## SEZIONE III

### Obbligo di informazione

1. La disciplina dell'obbligo di informazione gravante sul professionista: le novità sistematiche e precettive. ....	181
2. I contenuti generali dell'obbligo di informazione di cui all'art. 6 par. 1 dir. 2011/83/UE.....	182
3. L'obbligo di informazione nei contratti per la prestazione di servizi.....	184
3.1. Le informazioni relative agli <i>essentialia negotii</i> .....	184
3.2. Gli ulteriori obblighi informativi nei contratti per la prestazione di servizi. ....	188
4. La specificità dell'informazione relativa al diritto di recesso del consumatore. ....	191
4.1. La <i>ratio</i> e i contenuti dell'informazione .....	191
4.2. Il termine entro il quale l'obbligo informativo deve essere adempiuto. ....	194

4.3. La forma dell'informazione ..... 196

## SEZIONE IV

### Diritto di recesso

1. La disciplina del diritto di recesso nella direttiva 2011/83/UE in generale: novità sistematiche e precettive ..... 200

2. Il campo di applicazione delle disposizioni relative al diritto di recesso nei contratti per la prestazione di servizi. .... 202

    2.1. Aspetti generali ..... 202

    2.2. Le “eccezioni” di cui all’art. 16 lett. *a)* e lett. *h)*..... 204

    2.3. Le esclusioni di cui all’art. 3 par. 3 lett. *d)*, *g)*, *h)*..... 208

        2.3.1. La *ratio* delle esclusioni ..... 208

        2.3.2. La possibilità per gli Stati membri di prevedere un diritto di recesso nelle fattispecie escluse dall’ambito di applicazione della direttiva 2011/83/UE..... 210

3. La portata dei contenuti degli artt. 9-14 dir. 2011/83/UE: tra l’aspirazione ad una disciplina generale ed unitaria del diritto di recesso e la necessità di introdurre delle distinzioni fondate sull’oggetto del contratto. .... 214

4. Termini e modalità di esercizio del diritto di recesso. .... 216

    4.1. I termini previsti dall’art. 9 par. 2 lett. *a)* e dall’art. 10. .... 216

    4.2. Il termine lungo per recedere previsto dall’art. 10 par. 1: profili critici per la tutela del consumatore ..... 218

    4.3. Le modalità di esercizio del diritto di recesso..... 221

5. La sistematica della disciplina degli effetti del diritto di recesso dettata dalla dir. 2011/83/UE: individuazione delle disposizioni suscettibili di essere applicate nei contratti per la prestazione di servizi. .... 224

6. Art. 12: Il diritto di sciogliere il contratto e di revocare la proposta negoziale..... 226

7. Art. 14 par. 3: la *ratio* dell’obbligazione pecuniaria gravante sul consumatore..... 228

## INDICE-SOMMARIO

8. Art. 14 par. 3: l'obbligo del consumatore di pagare un «importo proporzionale» a quanto è stato fornito dal professionista .....	230
9. Art. 16 lett. <i>a</i> ): l'estinzione del diritto di recesso .....	234
10. La disciplina degli effetti del diritto di recesso dettata nell'14 par. 4 lett. <i>a</i> ): i presupposti per l'insorgenza dell'obbligazione pecuniaria in capo al consumatore. ...	238
10.1. Il primo presupposto: l'adempimento dell'obbligo di informazione di cui all'art. 6 par. 1 lett. <i>h</i> ) e <i>j</i> ). .....	239
10.2. Il secondo presupposto: la richiesta di procedere all'esecuzione della prestazione di servizi in pendenza del termine per recedere.....	242
Zusammenfassung.....	247
Bibliografia .....	273

## PRINCIPALI ABBREVIAZIONI TEDESCHE

<i>AbzG</i>	=	Abzahlungsgesetz
<i>AcP</i>	=	Archiv für die civilistische Praxis
<i>BB</i>	=	Betriebs-Berater
<i>BGB</i>	=	Bürgerliches Gesetzbuch
<i>BGH</i>	=	Bundesgerichtshof
<i>BKR</i>	=	Bank- und Kapitalmarktrecht
<i>DB</i>	=	Der Betrieb
<i>ERCL</i>	=	European Review of Contract Law
<i>EuZW</i>	=	Europäische Zeitschrift für Wirtschaft
<i>EWiR</i>	=	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
<i>FernUSG</i>	=	Fernunterrichtsschutzgesetz
<i>FernAbsG</i>	=	Fernabsatzgesetz
<i>GPR</i>	=	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
<i>HWiG</i>	=	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften undähnlichen Geschäften
<i>JuS</i>	=	Juristische Schulung
<i>JZ</i>	=	Juristenzeitung
<i>LG</i>	=	Landgericht
<i>MDR</i>	=	Monatsschrift für Deutsches Recht
<i>MMR</i>	=	Multimedia und Recht
<i>NJW</i>	=	Neue Juristische Wochenschrift
<i>NJW-RR</i>	=	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport Zivilrecht
<i>OLG</i>	=	Oberlandesgericht
<i>SMG</i>	=	Shuldrechtsmodernisierungsgesetz
<i>TzWrG</i>	=	Teilzeit-Wohnrechtegesetz
<i>VerbrKrG</i>	=	Verbraucherkreditgesetz
<i>VuR</i>	=	Verbraucher und recht
<i>WM</i>	=	Wertpapier-Mitteilungen
<i>ZEuP</i>	=	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
<i>ZGS</i>	=	Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht
<i>ZIP</i>	=	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
<i>ZRP</i>	=	Zeitschrift für Rechtspolitik



# CAPITOLO I

## OGGETTO E SCOPO DELLA RICERCA

### 1. Il contesto della ricerca: la riforma del diritto europeo dei contratti di tutela del consumatore.

Con la comunicazione dell'11 luglio 2001<sup>1</sup> la Commissione ha avviato il programma di revisione dell' *Acquis communautaire* sul diritto europeo dei contratti, dovendosi intendere per tale il processo di aggiornamento e coordinamento del coacervo di regole, prassi e sentenze cangianti nel tempo provenienti da modelli diversi e inserite nell'ambito delle fonti del diritto comunitario, ma dalle quali non è dato delineare una compiuta ed organica disciplina dei fenomeni contrattuali<sup>2</sup>.

In primo luogo il processo di revisione dell'*acquis* risponde ad un'esigenza di sistematizzazione del *corpus* di regole elaborato dagli organi comunitari nel corso degli ultimi vent'anni, durante i quali esso si è progressivamente esteso, interessando settori sempre più ampi del diritto dei contratti, senza però che l'attivismo del Legislatore europeo corrispondesse ad un piano normativo di portata autenticamente generale<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo sul Diritto Contrattuale Europeo, COM (2001) 398 def.

<sup>2</sup> Così G. ALPA - M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Tratt. Iudica - Zatti*, Miano 2005, p. 172; G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, Padova 2008, p. 10 ss. Per una elencazione, non esaustiva, del materiale normativo che compone l'*acquis communautaire* in materia di contratti, v. Allegato I della Comunicazione della Commissione, COM (2001) 398 def. Il processo di consultazione e di discussione avviato con la Comunicazione del 2001 ha ricevuto impulso nel corso degli anni: v. la Comunicazione della Commissione, 12 febbraio 2003, *Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo*, COM(2003) 68 def.; Comunicazione della Commissione, 11 ottobre 2004, *Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*, COM(2004) 651 def. Per una attenta descrizione delle tappe del processo di revisione del diritto europeo dei contratti v. G. ALPA - G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di common frame of reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 141ss.

<sup>3</sup> Cfr. G. BENACCHIO, *op. cit.*, p. 281, il quale parla di un'estensione quantitativa e qualitativa del diritto europeo dei contratti: quantitativa, posto che il «il legislatore di Bruxelles tende ad ampliare il numero dei contratti oggetto di armonizzazione»; qualitativa, perché lo stesso Legislatore «si addentra sempre più spesso nei particolari di un contratto, non accontentandosi di

In secondo luogo – e conseguentemente – la revisione risponde all’esigenza di una maggiore qualità della legislazione comunitaria, spesso ricorre all’uso di termini giuridici astratti non definiti o definiti solo in certe direttive<sup>4</sup>.

In terzo e ultimo luogo il processo di revisione è giustificato dall’esigenza di una maggiore armonizzazione delle legislazioni nazionali in vista della realizzazione del mercato interno. Si ritiene, infatti, che uno dei principali ostacoli al funzionamento del mercato comune sia rappresentato proprio dalla diversità e complessità delle regole giuridiche negli stati membri, che impongono alle imprese elevati costi di informazione e rendono incerte e rischiose le relazioni commerciali<sup>5</sup>. L’elaborazione di regole giuridiche uniformi in tema di contratti si

---

disciplinarlo nelle linee essenziali ma descrivendo in modo [...] preciso e minuzioso gli obblighi e i doveri delle parti». V. anche R. SACCO, *Il contratto nella prospettiva comparatistica*, in *Europ. dir. priv.*, 2001, p. 479; V. JACOMETTI, *Terminologia giuridica e armonizzazione del diritto europeo dei contratti - ius poenitendi del consumatore nelle direttive comunitarie e nell’ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 565ss. Da qui il crescente interesse della dottrina e degli operatori verso il diritto privato europeo e la suggestione di realizzare un Codice civile europeo. Al riguardo v. E. IORIATTI FERRARI, *Codice civile europeo - Il dibattito, i modelli, le tendenze*, Padova 2006; ID., voce «Codice civile europeo», in *Digesto civ.*, Torino 2010, p. 263; G. ALPA, *Un codice europeo dei contratti: quali vie di uscita?*, in *Vita not.*, 2007, p. 979 s.; O. LANDO, *Some Features of the Law of Contract in the Third Millenium*, in Alpa – Danovi (a cura di), *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori. L’integrazione europea e il processo civile*, Milano 2003, p. 66s.; M. HESSELINK, *La dimensione politica di un codice civile europeo*, in *Riv. critica dir. privato*, 2006, p. 379; C. W. CANARIS, *L’inadempimento nel «codice europeo dei contratti»*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 629ss.; P. STEIN, *Norme fondamentali: in tema di accordo, contenuto, forma, interpretazione del contratto nel «codice europeo dei contratti»*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 229; F. FRATTINI, *Un «codice europeo dei contratti»: un’altra tappa verso la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell’Unione europea?*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 403.

<sup>4</sup> L’uso di termini astratti o non definiti nelle direttive comunitarie è ovviamente causa di rilevanti incertezze e disomogeneità delle normative nazionali di attuazione. Sul tema della qualità della legislazione europea, v. la Comunicazione della Commissione del 5 giugno 2002, «Piano d’azione “Semplificare e migliorare la regolamentazione”», COM(2002) 278 def., e il Libro bianco sulla *governance*, adottato nel luglio 2001 COM(2001) 428 def., che prevede come necessario il costante impegno dell’Unione per «migliorare la qualità, l’efficacia, e la semplicità degli atti normativi».

<sup>5</sup> In questo senso, la Comunicazione della Commissione, COM(2003) 68 def. p. 15, ove si afferma che spesso: «i prodotti sono designati conformemente ai dettami della legislazione vigente in loco e [...] l’imposizione di diversi requisiti nell’ambito di altri ordinamenti giuridici darebbe adito a costi eccessivi o a un’incertezza giuridica inaccettabile. Se nonostante ciò le aziende decidessero di vendere oltre frontiera, si troverebbero ad affrontare notevoli svantaggi competitivi rispetto ai fornitori locali di servizi». La diversità tra regole giuridiche di diritto privato nei diversi Stati membri rappresenta dunque un costo, un ostacolo al libero scambio delle merci e dei servizi all’interno dell’UE. Viceversa il ravvicinamento delle legislazioni di diritto privato è considerato alla stregua di un presupposto per l’instaurazione del mercato comune. Al riguardo: L. MENGONI, *L’Europa dei codici o un codice per l’Europa?* *Riv. critica d. priv.*, 1992, p. 527; J. BASEDOW, *Codification of Private Law in the European Union. The Making of the Hybrid*, *Eur. rev. priv. law*, 2001, p. 35 ss. Nel senso invece che la diversità delle regole giuridiche non pregiudica lo

pone allora come un requisito fondamentale ai fini dell'instaurazione del mercato comune, poiché regole tra loro contrastanti nei diversi Paesi dell'Unione costituiscono un *costo transattivo* di ostacolo alla conclusione di affari<sup>6</sup>.

Orbene, in questo contesto deve essere inquadrato il diritto privato europeo dei consumi. La legislazione di tutela del consumatore, infatti, pur costituendo il nucleo centrale degli interventi di derivazione comunitaria nella costruzione del diritto europeo dei contratti, nonché un settore chiave per il funzionamento del mercato comune<sup>7</sup>, si è sviluppata nel corso degli anni con provvedimenti di carattere settoriale tra di loro non coordinati e ispirati per lo più al principio dell'armonizzazione minima, principio che consente agli Stati membri di mantenere o introdurre al momento dell'attuazione regole più favorevoli per i consumatori di quelle previste dal diritto comunitario<sup>8</sup>.

Facendo largo uso della discrezionalità loro concessa, i singoli Legislatori nazionali hanno provveduto ad un'attuazione delle direttive europee in maniera

---

sviluppo delle relazioni commerciali, v. E. MCKENDRICK, *Harmonisation of European Contract Law: The State We Are In*, in VOGENAUER-WEATHERILL, *The Harmonisation of European Contract Law. Implications for European Private Laws, Business and Legal Practise*, Oregon 2006, p. 21 ss. Altri sostengono che essa possa persino avere effetti benefici sulla concorrenza: N. REICH, *Competition between Legal Orders: a new Paradigm of EC Law?*, in *Comm. mark. law rev.*, 1992, 861.

<sup>6</sup> In questo senso vi è, come sottolineato in dottrina, una stretta correlazione tra attività economica e forme giuridiche, data la valenza funzionale delle ultime, che per loro natura dovrebbero essere adattate alle esigenze del mercato: così J. BASEDOW, *Un comune diritto dei contratti per il mercato comune*, *Contr. e impr./Eur.*, 1997, p. 92s.; G. ALPA, *Lineamenti di diritto contrattuale*, in AA.VV., *Diritto privato comparato*, Bari, 2005, p. 253; G. OPPO, *Impresa e mercato*, *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 421; A. DI MAJO, *I «Principles» dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 609 e ss.; G. BENACCHIO, *Diritto privato delle Comunità europee*, cit., p. 32, G. CHINÈ, *Il diritto contrattuale europeo: riflessioni a margine di un tentativo di ricostruzione sistematica*, in Alpa-Capilli, *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova 2007, p. 276.

<sup>7</sup> v. G. ALPA - M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo cit.*, p. 153ss., spec. 332ss. Circa l'importanza che i consumatori rivestono per il funzionamento del mercato comune, v. la Comunicazione della Commissione del 2 luglio 2009, COM(2009) 330 def.

<sup>8</sup> Cfr. T. WILHELMSSON, *Un'armonizzazione completa del diritto dei contratti del consumatore?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 605; AA.VV., *L'armonizzazione del diritto privato europeo*, Meli-Maugeri (a cura di), Milano, 2004; F. CAFAGGI, *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, Padova 2003. Cfr. anche S. FERRERI, *L'intervento dell'unione europea a tutela dei consumatori e le possibili reazioni di sustrato negli stati membri*, *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 633s.; J.W. RUTGERS/R. SEFTON-GREEN, *La revisione dell'«Acquis» comunitario dei consumatori: uno sguardo dentro il cavallo di Troia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 613ss.; R. ROLLI, *Il «Codice» e i «Codici» nella moderna esperienza giuridica: il modello del «Codice del Consumo»*, in *Contr. Impr.*, 2007, p. 1496ss.

disomogenea ed idonea ad accrescere, anziché a ridurre, le divergenze di regolamentazione tra le legislazioni nazionali<sup>9</sup>.

Siffatto «costo» ai fini del funzionamento del mercato interno è reso ad oggi ancor più evidente ed elevato in ragione della recente adozione del Regolamento (CE) n. 593/2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali<sup>10</sup>

Le norme di conflitto elaborate dal Legislatore europeo per proteggere i consumatori che agiscono in giudizio contro imprese di altri Stati membri sono infatti ispirate dall'esigenza di garantire al consumatore lo stesso livello di protezione assicurato dal suo paese di residenza<sup>11</sup>. Conseguentemente, data la differenza tra le legislazioni nazionali, se un'impresa decide di offrire beni o servizi in un Paese diverso da quello in cui ha la sua sede, essa deve necessariamente affrontare spese legali di consulenza della legislazione straniera<sup>12</sup>. Per tutte queste ragioni si è dunque posta l'esigenza di procedere ad una riforma del diritto dei contratti che, prendendo le mosse proprio dal diritto dei consumatori, realizzi condizioni legislative e regolamentari tali, da consentire a tutte le imprese

---

<sup>9</sup> T. RIEHM, *Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien*, in *Vollharmonisierung im Privatrecht*, Tübingen 2009, p. 83ss.; M. GEBAUER, *Vollharmonisierung und Wertungs-Kohärenz der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung*, in *Vollharmonisierung im Privatrecht*, Tübingen 2009, p. 163ss.; J. PISULINSKI, *Vollharmonisierung im Systemvergleich*, in *Vollharmonisierung im Privatrecht*, Tübingen 2009, p. 47s.

<sup>10</sup> Regolamento (CE) n. 593/2008, del Parlamento europeo e del Consiglio, 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in *Gazzetta ufficiale*, L 177, del 4 luglio 2009.

<sup>11</sup> Così, Comunicazione della Commissione, 1 luglio 2010, Libro verde sulle possibili opzioni in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese, COM(2010), 348 def. p. 5. Tale esigenza è soddisfatta dal disposto dell'art. 6 del regolamento Roma I, ai cui sensi, se una impresa svolge o dirige la sua attività commerciale verso il paese in cui il consumatore ha la residenza abituale, si applicherà, in mancanza di scelta, la legge di quel paese. Per converso, se le parti scelgono una legge diversa dalla legge del paese di residenza abituale del consumatore, il contratto non potrà privare il consumatore della protezione assicurategli dalla legge di quel paese. Per approfondimenti, v. F. RAGNO, *La legge applicabile ai contratti con i consumatori: problemi di coordinamento e limiti dell'art. 6 regolamento Roma I, Obbl. e contr.*, 2010, p. 127. Più In generale v. T. BALLARINO, *Dalla convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I*, *Riv. dir. internaz.*, 2009, p. 40; B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I. sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano 2008; I. PRETELLI, *Il regolamento comunitario sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)*, *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 1083.

<sup>12</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione dell'8 febbraio 2007, *Libro verde: Revisione dell'acquis relativo ai consumatori*, COM (2006) 744 def. p. 7, ove si afferma che «Le differenze comportano di solito costi aggiuntivi per le aziende ai fini di ottemperare alla normativa, compresi i costi per acquisire consulenze giuridiche nel merito, cambiare il materiale informativo e di marketing o i contratti, o in caso di non ottemperanza, eventuali costi processuali».

di contrarre con i consumatori su un piano di effettiva parità con gli altri operatori entro i confini dell'Unione europea.

**2. Oggetto della ricerca: i problemi interpretativi sollevati dalle direttive 85/577/CEE e 97/7/CE in relazione alla disciplina del diritto di recesso nei contratti per la prestazione di servizi.**

Col precipuo scopo di contribuire al corretto funzionamento del mercato comune ha preso forma un importante processo di riforma del diritto dei consumatori, ispirato dall'esigenza di raggiungere un elevato grado di armonizzazione delle legislazioni nazionali in merito alla trasparenza e correttezza nella fase precontrattuale, contrattuale e *post*contrattuale dei rapporti di consumo<sup>13</sup>. In altre parole, il processo di revisione dell'*Acquis communautaire* in materia di consumatori non è stato avviato per ragioni filantropiche di tutela dei soggetti deboli, bensì in funzione strumentale al corretto funzionamento del mercato interno, ovverosia affinché i consumatori possano accedere facilmente ai beni e servizi promossi, offerti e venduti al di là delle frontiere, e in tal modo aumentare la concorrenza tra gli imprenditori che operano nel mercato comune<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Tale processo è iniziato con La Comunicazione della Commissione del 2 ottobre 2001, Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea, COM(2001) 531 def., che ha avuto il merito di stimolare una discussione sulla qualità e efficienza della legislazione europea e di individuare con chiarezza quale fosse il materiale normativo oggetto di revisione ai fini della costruzione del diritto europeo dei contratti. Le direttive oggetto di revisione sono richiamate anche nella Comunicazione della Commissione del giugno 2002, COM(2002), 208 def., il cui allegato I fissa le tappe del Piano d'azione per il riesame dell'acquis esistente. Sia qui sufficiente ricordare che la revisione dell'*acquis communautaire* in materia di consumatori si è sviluppata mediante l'adozione di piani d'intervento pluriennali: v. da ultimo, Libro verde sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese, COM(2010) 348, luglio 2010.

<sup>14</sup> Con la Comunicazione, COM(2006) 744 def., cit., la Commissione osservava come «uno dei motivi per cui i consumatori sono riluttanti a fare acquisti transfrontalieri è che non possono essere sicuri che il livelli di protezione di cui godono in patria si applichi quando fanno acquisti oltre frontiera». Nello stesso senso v. anche Comunicazione della Commissione dell'11 giugno 2002, COM(2002) 289 def. Al contrario garantendo ai consumatori la stessa tutela giuridica su tutto il territorio dell'UE, dal negozio all'angolo al sito web, si ritiene che il mercato comune abbia la possibilità di affermarsi come il più grande mercato al dettaglio: così Comunicazione della Commissione della Commissione, COM(2007) 99, def. p. 3s. Vedi anche la Comunicazione della Commissione del 2 ottobre 2001, cit., p. 10s.; Cfr. Comunicazione della Commissione del 8 giugno 2002, COM (2002) 208 def. ove si afferma che l'Euro e l'uso di internet dovrebbero offrire

Il raggiungimento di questo obiettivo è legato ad una legislazione europea che – oltre a realizzare un elevato grado di armonizzazione tra gli ordinamenti dei Paesi membri – si riveli chiara, certa e coerente nella disciplina dei contratti da essa stessa contemplati.

Da qui l'esigenza di procedere ad una profonda revisione delle direttive in materia di consumatori, essendo queste contraddistinte da discipline differenti in relazione ad istituti e nozioni identiche o comunque sorrette dalla medesima *ratio*<sup>15</sup>.

È questo il caso della disciplina dello *ius poenitendi* del consumatore previsto sia dalla direttiva 85/577/CEE in materia di contratti conclusi fuori dei locali commerciali, sia dalla direttiva 97/7/CE in materia di contratti conclusi mediante tecniche di comunicazione a distanza<sup>16</sup>: in entrambe le direttive il diritto attribuito al consumatore di sciogliere unilateralmente il vincolo contrattuale è lo strumento predisposto dal Legislatore comunitario per tutelare la libertà negoziale del consumatore stesso contro tecniche aggressive di conclusione del contratto e, segnatamente, contro il rischio di un acquisto condizionato dal c.d. effetto sorpresa

---

ai consumatori la possibilità di cogliere con maggiore facilità le opportunità offerte dagli acquisti transfrontalieri. ”.

<sup>15</sup> Si pensi alla nozione di «danno», contenuta nella direttiva 85/374/CEE, relativa alla responsabilità per danno da prodotti difettosi, ma non nella direttiva 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti “tutto compreso”. La discrezionalità concessa dalla direttiva 90/314/CEE ai legislatori nazionali nella definizione della nozione di danno e, segnatamente, nell'individuazione delle poste di danno suscettibili di fondare il diritto del consumatore ad essere risarcito è stata tuttavia limata dalla Corte di giustizia dell'UE con la sentenza del 12 marzo 2002, Simone Leitner vs. TUI Deutschland GmbH & Co. KG., Causa C-168/00, con la quale i giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto il diritto del consumatore ad essere risarcito anche dei pregiudizi meramente morali. Per un commento alla sentenza v. R. DOEHNER, *EuGH: Immaterieller Schadensersatz bei Pauschalreisen*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002 p. 340; K. TONNER, *Der Umfang des Schadensersatzes nach der Pauschalreise-Richtlinie*, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 2003 p. 623; R. CONTI, *Corte di giustizia, danno da vacanza rovinata e viaggi "su misura". Ancora due vittorie per i consumatori*, *Corr. Giur.*, 2002 p. 1002; L. SESTA, *Danno da vacanza rovinata e danno morale contrattuale*, *Giurispr. it.*, 2002 p. 1801; M. FRAGOLA, *La Corte di giustizia riconosce la risarcibilità del danno morale "da vacanza rovinata" alla luce dell'ordinamento comunitario*, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2002, p. 287.

<sup>16</sup> Circa l'identità di *ratio* del diritto di recesso previsto dalle direttive 85/577/CEE e 97/7/CE v. G. DE CRISTOFARO, *La disciplina unitaria del «diritto di recesso»: ambito di applicazione, struttura e contenuti essenziali*, in *I principi del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Torino 2009, p. 354ss. Circa lo *ius poenitendi*, la letteratura in materia è sterminata. Senza pretesa alcuna di completezza, si rinvia a M. FARNETI, *Sub art. 64 c.cons.*, in *Comm. De Cristofaro - Zaccaria*, Padova 2010; R. SACCO, *Il consenso, ne I contratti in generale*, *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, I, Torino, 1999, p. 419; D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996.

della visita del professionista presso il proprio domicilio ovvero dal *deficit* di conoscenza dell'oggetto del contratto; ciononostante, sebbene sia sorretto da un'identità di *ratio*, questo eccezionale strumento di tutela delle ragioni del consumatore è diversamente disciplinato in ordine ai presupposti, termini e conseguenze del suo esercizio in entrambe le direttive<sup>17</sup>.

La recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE dimostra inoltre come le difficoltà interpretative sollevate dalla legislazione europea di tutela del consumatore in relazione alla diversa regolamentazione di istituti analoghi siano accentuate dall'incertezza dell'ambito di applicazione delle direttive. È questo il caso della direttiva 85/577/CEE in materia di contratti conclusi fuori dei locali commerciali, alle cui disposizioni è stata riconosciuta «forza espansiva» nella disciplina di fattispecie da esse non espressamente contemplate o addirittura apparentemente escluse<sup>18</sup>. È questo altresì il caso della direttiva 97/7/CE, le cui

---

<sup>17</sup> Cfr. La Comunicazione della Commissione del 21 settembre 2006, COM(2006) 514 def., ove si afferma che il «diritto di recesso [...] è spesso utilizzato come esempio primario di incoerenza con l'acquis (vale a dire che il cosiddetto "periodo di riflessione" varia da una direttiva all'altra) e di divergenze nazionali risultanti dall'impiego della clausola minima». Cfr. altresì la Comunicazione della Commissione dell'8 febbraio 2007, «Libro verde sulla Revisione dell'acquis relativo ai consumatori», COM(2006) 744, def., p. 9, ove si prende in considerazione la possibilità di riformare la disciplina dello *ius poenitendi* mediante uno strumento normativo di tipo «orizzontale».

<sup>18</sup> Numerose sono le sentenze con le quali la Corte di giustizia ha riconosciuto l'applicabilità della direttiva 85/577/CEE a contratti che essa sembrava escludere dal suo campo di applicazione. Si veda al riguardo la sentenza della Corte di Giustizia UE, 17 marzo 1998, Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG contro Edgard Dietzinger, Causa C-45/96, *Raccolta della giurisprudenza*, 1998, p. I-01199, con la quale, qualificando i contratti di garanzia come contratti aventi ad oggetto servizi, sono stati ricondotti nell'ambito di applicazione della direttiva 85/577/CE, anche i contratti in cui il consumatore *fornisce* una fideiussione al professionista, nonostante l'art. 1 di tale dir. preveda che essa si applica ai contratti in cui è il commerciante che *fornisce* beni o servizi e un consumatore. Per un commento della sentenza, v. M. GRANIERI, *Natura accessoria della fideiussione nei contratti conclusi fuori dei locali commerciali*, in *Corr. giur.*, 1998 p. 771; M. FRANZEN, *Der EuGH und das bürgerliche Recht: dargesellt am Beispiel der EuGH-Urteile "Dietzinger" und "Draehmpaehl"*, in *Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag*, München, 2001 p. 889; S. BITTNER, *Bürgschaft, Haustürgeschäft, Haustürwiderrufsrichtlinie, Betriebs-Berater*, 2004, p. 46. Vedi altresì la sentenza, 22 aprile 1999, Travel Vac SL contro Manuel José Antelm Sanchis, Causa C-423/97, *Raccolta della giurisprudenza*, 1999 p. I-02195, pubblicata anche in *Foro it.*, 1999, IV, 233, con nota di PALMIERI - DI CIOMMO. Con questa sentenza la Corte di Giustizia ha statuito che la direttiva 85/577/CEE, trova applicazione anche ai contratti aventi ad oggetto l'acquisto di un diritto d'uso a tempo parziale su un bene immobile e la fornitura di servizi aventi un valore superiore a quello dello stesso diritto d'uso. In tal modo è stato inaugurato un indirizzo giurisprudenziale, teso ad interpretare in maniera restrittiva l'esclusione di cui all'art. 3, n. 2, lett. a) della direttiva n. 85/577/CEE, ai cui sensi essa non si applica «ai contratti per la costruzione, vendita e locazione di beni immobili e ai contratti relativi ad altri diritti concernenti beni immobili». Per l'applicabilità

disposizioni sono state criticate per l'eccessiva genericità della loro formulazione, tale da non consentire all'interprete l'esatta determinazione dei contratti esclusi dal novero di quelli rientranti nel suo campo di applicazione<sup>19</sup>.

Più in generale può dirsi che le direttive comunitarie siano state criticate per la loro natura prescrittiva – piuttosto che di principio – , tale per cui esse si rivelano inidonee a disciplinare rapporti di consumo condizionati dalla rapida evoluzione dei mercati moderni, palesando l'esistenza di profonde lacune nella regolamentazione di aspetti fondamentali dei contratti di cui sia parte un consumatore<sup>20</sup>.

Sotto questo profilo un ruolo fondamentale è stato svolto dalla Corte di Giustizia dell'UE, la cui funzione normofilattica ha consentito di chiarire la portata precettiva e gli obbiettivi di una legislazione laconica e altresì foriera di incertezze per i legislatori nazionali, chiamati a darle attuazione mediante l'adozione di norme di diritto interno<sup>21</sup>.

---

della direttiva n. 85/577/CEE ai contratti di credito fondiario stipulati per finanziare l'acquisto di un bene immobile cfr. Corte di Giustizia UE, 13 dicembre 2001, causa C-481/99, Heininger, in *Foro it.*, 2002, IV, 57, con nota di PALMIERI, e in *Corr. giur.* 2002, 869, con nota di R. CONTI.

<sup>19</sup> Al riguardo v. la sentenza della Corte di giustizia del 10 marzo 2005, *easyCar (UK) Ltd* contro Office of Fair Trading, Causa C-336/03, *Raccolta della giurisprudenza*, 2005 p. I-01947, con la quale i giudici di Lussemburgo hanno statuito che l'art. 3, n. 2, della direttiva 97/7/CE, ai cui sensi la direttiva non trova piena applicazione ai contratti di fornitura di servizi relativi all'alloggio, ai trasporti, alla ristorazione, al tempo libero, dev'essere interpretato nel senso che la nozione di «contratti di fornitura di servizi relativi ai trasporti» ricomprende l'insieme dei contratti che disciplinano i servizi in materia di trasporti, ovverosia sia quelli che comportano, di per sé, il trasporto del cliente o dei suoi beni, sia quelli che, come il noleggio di autoveicoli, consentono solo di mettere a disposizione del consumatore un mezzo di trasporto. Cfr. anche La Comunicazione della Commissione del 21 settembre 2006, COM(2006) 514, def. p. 8, ove espressamente si afferma che «La sentenza della Corte di giustizia europea nel caso *Easycar*, in cui la Corte ha deciso che il noleggio di automobili equivale a “trasporto” ai sensi della direttiva, indica che la direttiva non copre alcuni contratti a distanza che la Commissione e almeno alcuni Stati membri intendevano includere».

<sup>20</sup> Così La Comunicazione della Commissione dell'8 febbraio 2007, COM (2006) 744 def, p. 6. Cfr. anche la Comunicazione della Commissione del 2 ottobre 2001, cit., p. 5s., ove la Commissione osserva che «Alcune direttive, in particolare quelle riguardanti settori specifici, hanno fornito una risposta molto precisa a problemi specifici in un momento particolare. Questo approccio, combinato alla lunghezza del periodo che intercorre fra la proposta e l'entrata in vigore delle misure comunitarie, ha determinato un certo livello di obsolescenza rispetto alla rapida evoluzione delle pratiche commerciali. Le norme comunitarie possono così diventare irrilevanti, limitare inutilmente l'innovazione o permettere ad operatori commerciali senza scrupoli di aggirare la legge».

<sup>21</sup> Circa l'importanza del ruolo della Corte di giustizia UE nel processo di costruzione del diritto europeo di tutela del consumatore v. G. BENACCHIO, *La corte di giustizia tra armonizzazione e unificazione del diritto europeo dei contratti*, *Riv. dir. civ.*, 2006, suppl., p.

Esemplare in questo senso può considerarsi l'applicazione giurisprudenziale della disciplina europea dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali.

Dopo aver progressivamente esteso il campo di applicazione della direttiva 85/577/CEE, la Corte è stata impegnata in una laboriosa opera di ricostruzione della portata e degli scopi della regolamentazione dell'istituto del diritto di recesso. In particolare, considerato il silenzio della direttiva in riferimento all'ipotesi in cui il professionista non abbia informato il consumatore della possibilità di sciogliere il vincolo contrattuale, la Corte di giustizia si è fatta carico di chiarire quale sia la disciplina del diritto di recesso e, segnatamente, di stabilire entro quale termine tale diritto possa essere efficacemente esercitato dal consumatore<sup>22</sup>.

Successivamente, pur ammettendo che la violazione dell'obbligo di informazione ha come immediata conseguenza la perpetuità del diritto di sciogliere unilateralmente il vincolo contrattuale, la Corte di giustizia ha dovuto risolvere una

---

131ss., ove l'Autore fa riferimento alla giurisprudenza comunitaria relativa allo scandalo immobiliare delle *Schrottimobilien*, per sottolineare l'incisività delle pronunce della Corte. Per una ricostruzione della vicenda delle *Schrottimobilien v. C. CICORIA*, *Il diritto di recesso dai contratti porta-a-porta il caso delle "Schrottimobilien" in Germania*, *Contr. impr./Europa*, 2006, p. 901ss.; M. MARTINEK/ F.J. SEMLER/ S. HABERMEIER, *Handbuch des Vertriebsrecht*, München, 2010, Rn. 140ss.

<sup>22</sup> La soluzione al problema è stata individuata mediante una valorizzazione della circostanza che il consumatore non informato dal professionista in merito al diritto di recesso è semplicemente ignaro della sua esistenza e si trova quindi nell'impossibilità di esercitarlo. In base a ciò la Corte di Giustizia è giunta alla conclusione che il termine di 7 giorni previsto dall'art. 5, n. 1 della direttiva 85/577/CEE per l'esercizio del diritto di recesso, decorre solo dal momento in cui il professionista ha soddisfatto l'obbligo di informare il consumatore in merito alla possibilità di sciogliere il contratto: così Corte di Giustizia UE, causa C-481/99, *Heininger*, cit. Circa le conseguenze della pronuncia nell'ordinamento tedesco, v. J. HOFFMANN, *Realkredite im Europäischen Verbraucherschutzrecht*, in *ZIP*, 2002, p. 145; P. ROTT, "*Heininger*" und die Folgen für das *Widerrufsrecht*, in *VuR*, 2002 p. 49. Sia qui sufficiente osservare che con la sentenza *Heininger* la Corte ha enucleato uno straordinario strumento di tutela degli interessi del consumatore: un diritto di recesso, non solo gratuito, immotivato ed irrinunciabile, ma addirittura imprescrittibile, ovvero sia sottratto a qualsiasi forma di limite temporale. In questo senso, v. A. PIEKENBROCK, *Haustürwiderruf und Vertragsreue*, in *WM*, 2006 p. 466; Le numerose critiche di ordine sistematico e dogmatico rivolte alla Sentenza "Heininger", hanno indotto la Corte di Giustizia Ue a ridimensionare la portata della pronuncia. Al riguardo v. Corte di giustizia, 10 aprile 2008, *Annelore Hamilton contro Volksbank Filder eG.*, Causa C-412/06, *Raccolta della giurisprudenza*, 2008 p. I-02383; per un commento alla sentenza: H. EDELMANN, *EuGH: Kein grenzenloser Verbraucherschutz*, in *BB*, 2008, p.969; K. KROLL, *Vertragserfüllung als zeitliche Grenze des verbraucherschützenden Widerrufsrechts*, in *NJW*, 2008 p. 1999; D. LOOSCHELDERS, *Begrenzung des Haustür-Widerrufsrechts trotz fehlerhafter Belehrung bei vollständiger Vertragsabwicklung: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 10.4.2008, C-412/06 - Annelore Hamilton/Volksbank Filder eG*, in *GPR*, 2008, p.187; HÄUBLEIN M., *Erlöschen von verbraucherschützenden Widerrufsrechten nach beiderseits vollständiger Leistungserbringung?*, *ZIP*, 2008, p. 2005.

serie di questioni collegate all'effettivo esercizio del diritto di recesso – in *primis* quella relativa alla portata delle obbligazioni restitutorie gravanti in capo al consumatore a seguito dello scioglimento del vincolo negoziale –, che la direttiva non affronta affatto, limitandosi sul punto a demandare ai legislatori nazionali il compito di integrare la disciplina dettata in sede europea<sup>23</sup>.

Orbene, dalle sentenze della Corte di giustizia qui sommariamente richiamate appare evidente che molte delle incertezze relative al campo di applicazione e ai problemi interpretativi sollevati dalla disciplina europea di tutela del consumatore attengono a casi nei quali il consumatore ha esercitato lo *ius poenitendi* per liberarsi da un contratto avente ad oggetto una prestazione di servizi, che sia stato negoziato fuori dei locali commerciali ovvero concluso mediante tecniche di comunicazione a distanza.

Invero, le peculiari caratteristiche di un contratto per la prestazione di servizi – che si qualifica tendenzialmente come un contratto di durata avente ad oggetto una prestazione immateriale e irripetibile<sup>24</sup> – sollevano difficoltà interpretative proprie e differenti rispetto a quelle che si hanno qualora l'oggetto del contratto sia rappresentato da un bene.

Difficoltà, queste, sicuramente accentuate dalla considerazione dei rapidi sviluppi economici dovuti alla globalizzazione dei mercati che, in una con la diffusione delle nuove tecnologie di comunicazione ed informazione, hanno reso possibile articolare l'offerta dei servizi secondo contenuti e modalità di esecuzione in forme sempre più variegate ed innovative<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Al riguardo v.: Corte di giustizia UE, 25 ottobre 2005, Elisabeth Schulte e Wolfgang Schulte contro Deutsche Bausparkasse Badenia AG., Causa C-350/03, *Raccolta della giurisprudenza*, 2005, p. I-09215; M. NETTESHEIM, *Ersatzansprüche nach "Heininger"?* Die Aufarbeitung mitgliedstaatlicher Vertragsverstöße im EU-Privatrecht, in *WM*, 2006, p. 457.; J. HOFFMANN, *Die EuGH-Entscheidungen "Schulte" und "Crailsheimer Volksbank": Ein Meilenstein für den Verbraucherschutz beim kreditfinanzierten Immobilienerwerb?*, in *ZIP*, 2005, p. 1985; N. FISCHER, *Gemeinschaftsrechtskonforme Rückabwicklung von Haustür-"Schrottimmobilien"-Geschäften*, in *DB*, 2005, p. 2507; A. MAIER, *Der Überrumpelungsschutz des nicht belehrten Verbrauchers in der aktuellen Schrottimmobilien-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, in *WM*, 2008, p. 1630.

<sup>24</sup> Sulle caratteristiche della prestazione di servizi, v. per tutti: C. WENDEHORST, *Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht*, *AcP* 2006, p. 205ss.

<sup>25</sup> In altre parole la progressiva espansione di domanda ed offerta oltre i confini geografici dello stato di appartenenza, resa possibile da internet, ha destato un forte interesse per le imprese e,

### **3. Lo scopo della ricerca: verifica della idoneità della disciplina europea dello *ius poenitendi* ad assicurare una tutela efficace degli interessi economici dei consumatori nei contratti per la prestazione di servizi.**

In considerazione dei fenomeni descritti le più recenti comunicazioni relative alla riforma dell'*Acquis communautaire* di tutela dei consumatori riservano una particolare attenzione ai contratti per la prestazione di servizi<sup>26</sup>.

Nel contesto del riesame dell'*acquis* la Commissione ha cioè notato che i consumatori riscontrano maggiori problemi nel mercato dei servizi che in quello dei beni, problemi che si sostanziano in una scadente qualità della prestazione e in una eccessiva variazione verso l'alto del prezzo dei servizi stessi. Posto, dunque, che i servizi più apprezzati dai consumatori e con i prezzi meno elevati sono quelli in cui è garantito ed agevolato il passaggio del cliente da un fornitore all'altro, la Commissione è giunta alla conclusione che in tutto il mercato dei servizi dovrebbe essere una priorità garantire al consumatore il diritto a cambiare fornitore, *id est* la possibilità di recedere dal contratto precedentemente stipulato<sup>27</sup>.

---

in particolare, per quelle che operano nel settore dei servizi ove è più agevole dare esecuzione ai contratti col medio della tecnologia digitale, sfruttando le caratteristiche della immaterialità della prestazione. Cfr. Comunicazione della Commissione del 2 luglio 2009, COM(2009) 330 def., p. 5s.; Comunicazione della Commissione del 13 marzo 2007, COM(2007)99 def., p. 4. In ragione di ciò il legislatore europeo ha recentemente provveduto all'emanazione di una riforma generale della disciplina relativa alla libera prestazione di servizi sul territorio dell'UE – Direttiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno, in Gazzetta ufficiale L 376 del 27.12.2006, attuata nell'ordinamento italiano con il D. lgs. 26 marzo 2010, n.59, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 94 del 23 aprile 2010 - Suppl. Ordinario n. 75, [avente lo scopo di introdurre un quadro giuridico generale favorevole all'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori di servizi nonché della libera circolazione dei servizi, garantendo nel contempo un livello di qualità elevato per i servizi] – e all'adozione altresì di una serie di provvedimenti normativi di portata settoriale, volti a regolamentare i requisiti per la conclusione ed esecuzione di specifici contratti aventi ad oggetto una prestazione di servizi [v. Regolamento (CE) n. 1072/2009 del 21 ottobre 2009, che fissa norme comuni per l'accesso al mercato internazionale del trasporto di merci su strada, in *GU L 300*, del 14 novembre 2009, p. 72; Regolamento (CE) n. 1073/2009, del 21 ottobre 2009, che fissa norme comuni per l'accesso al mercato internazionale dei servizi di trasporto effettuati con autobus, *GU L 300 del 14.11.2009*, pagg. 88].

<sup>26</sup> Comunicazione della Commissione, 7 maggio 2002, Strategia della politica dei consumatori 2002-2006, COM(2002), 208 def. C 137/4.; Comunicazione della Commissione, 13 maggio 2007, Strategia per la politica dei consumatori dell'UE 2007-2013, COM(2007) 99. def., p. 4s. Cfr. altresì il Libro verde sulla Revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori, del 8 febbraio 2007, COM(2006) 744.

<sup>27</sup> Comunicazione della Commissione, 28 gennaio 2009, *Monitoraggio dei risultati rilevanti per i consumatori nel mercato interno*, COM(2009) 25, def.

Sono invero questi i criteri che hanno ispirato l'adozione delle direttive 2008/48/CE<sup>28</sup>, relativa ai contratti di credito ai consumatori, e 2002/65/CE, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori<sup>29</sup>, con le quali il Legislatore europeo ha attribuito al consumatore la possibilità di liberarsi dal vincolo negoziale mediante l'esercizio unilaterale e discrezionale del diritto di recesso<sup>30</sup>.

In tale direzione si muove anche la direttiva 2011/83/UE, sulla tutela dei diritti dei consumatori, che nel suo Capo III provvede all'enucleazione di uno statuto generale ed unitario del diritto di recesso del consumatore nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali e attraverso tecniche di comunicazione a distanza<sup>31</sup>. La nuova direttiva si è infatti rivelata un'opportunità per un riesame complessivo della disciplina contenuta nelle direttive 85/577/CEE e 97/7/CE e,

---

<sup>28</sup> Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE, in *GU L 133 del 22 maggio 2008*, p. 66, attuata con D.lgs., 13 agosto 2010, n. 141 (pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* 4 settembre 2010, n. 209).

<sup>29</sup> Direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE, in *GU L 271 del 9 ottobre 2002*, p. 16, attuata inizialmente con il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, successivamente abrogato ad opera del d.lgs. 22 settembre 2007, n. 221, che ha inserito la disciplina relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari nella sezione IV *bis* del Codice del consumo.

<sup>30</sup> Entrambi i provvedimenti presentano un'ulteriore caratteristica comune: essi mirano ad introdurre nelle legislazioni nazionali una armonizzazione piena, anziché minimale, della disciplina dei contratti contemplati nel loro campo di applicazione. In tal modo si intende cioè sottolineare la loro strumentalità al funzionamento del mercato unico, essendo essi diretti a superare gli ostacoli rappresentati dalle divergenze normative tra gli Stati membri.

<sup>31</sup> Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, *GU L 304 del 22.11.2011*, p. 64ss. Per un primo commento alla direttiva: v. A. SCHWAB - A. GIESEMANN, *Die Verbraucherrechte-Richtlinie: Einwichtiger Schritt zur Vollharmonisierung im Binnenmarkt*, in *Europäische Zeitschr. für Wirtschaftsrecht*, 2012, p. 253 ss.; J. STABENTHEINER - V. CAP, *Die neue Verbraucherrechtlicherichtlinie. Neuerungen zum allgemeinen Vertragsrecht, Regelungsspielräume der Mitgliedstaaten, Umsetzung*, in *Österreichischer JuristenZeitung*, 2012, p. 53ss.; EAD., *Die neue Verbraucherrechtlicherichtlinie. Werdegang, Geltungsbereich, "klassisches" Verbraucherschutzrecht*, in *Österreichische JuristenZ*, 2011, p. 1045 ss.; N. REICH, *Variationendes Verbraucherkaufrechts in der EU*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2011, p. 736ss.; S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 861ss.; I. RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2011, p. 754ss. Con specifico riferimento alle ripercussioni sul sistema tedesco, v. K. PURNHAGEN, *Die Auswirkungen der neuen EU-Richtlinie auf das deutsche Verbraucherrecht*, in *Zeitschr. Rechtspolitik*, 2012, p. 36ss.

segnatamente, delle problematiche sollevate dalla formulazione delle disposizioni europee e dalla loro attuazione negli ordinamenti degli Stati membri, in riferimento alla possibilità per il consumatore di sciogliere unilateralmente un contratto avente ad oggetto una prestazione di servizi.

Tuttavia, questa riforma ha inciso anche su delicati equilibri, considerando che l'armonizzazione massima delle legislazioni nazionali – a cui il Legislatore europeo aspira – esprime la chiara prevalenza accordata dagli organi comunitari alle istanze di regolamentazione del mercato e di tutela della concorrenza rispetto alle istanze di protezione dei consumatori, istanze che nelle direttive degli anni '80 e '90 avevano invece trovato una equilibrata ed armonica composizione, grazie anche all'attività interpretativa della Corte di giustizia dell'UE<sup>32</sup>.

Il presente studio rivela dunque il suo interesse *de iure condendo*, attraverso cioè l'individuazione non solo dei problemi che il Legislatore nazionale è chiamato a risolvere al momento dell'attuazione della nuova direttiva, bensì anche dei criteri interpretativi da utilizzare per valutare la portata e l'efficienza di un'organica riforma della disciplina del diritto di recesso<sup>33</sup>.

In una prima fase del lavoro verranno allora esaminate preliminarmente le norme che consentono di delineare le peculiarità del diritto di recesso del consumatore, in modo tale da poter comprendere e valutare, in una seconda fase del lavoro, se l'attuale disciplina del diritto di recesso, generalmente favorevole agli interessi economici dei consumatori quando il contratto ha ad oggetto beni, consente di sfruttare pienamente le potenzialità di questo strumento normativo, anche qualora il contratto concluso “porta a porta” o “a distanza” abbia ad oggetto una prestazione di servizi.

L'effettività del diritto di recesso dovrà essere valutata alla luce di un'indagine che coinvolge e si concentra su due disposizioni centrali nella disciplina del diritto di

---

<sup>32</sup> Così G. DE CRISTOFARO, in *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione «completa» delle disposizioni nazionali concernenti «taluni aspetti» dei «contratti di credito ai consumatori»*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 269.

<sup>33</sup> Cfr. La Comunicazione del 21 settembre 2006, COM (2006) 514, def. p. 7, con la quale la commissione ha provveduto ad informare il Consiglio, il Parlamento e il Comitato economico e sociale sullo stato di attuazione della direttiva 97/7/CE, individuando le disposizioni relative al campo di applicazione della direttiva stessa, come un esempio di quelle che debbono essere oggetto di revisione, nella prospettiva di una riforma della disciplina dei contratti a distanza.

recedere dai contratti per la prestazione di servizi, gli art. 48 e 55 co. 2° lett. a) cod. cons., le quali, nonostante la simile formulazione – «il diritto di recesso non può essere esercitato (...)»<sup>34</sup> – prevedono conseguenze diverse in relazione all'esercizio del diritto di recesso, disponendo l'una, la sola efficacia *ex nunc* del rimedio nei contratti porta a porta, l'altra, la completa esclusione della stessa possibilità di sciogliere il vincolo negoziale nei contratti a distanza.

#### **4. Esclusione dal campo di indagine: i contratti relativi a servizi finanziari.**

Posto che la nuova direttiva sulla tutela dei diritti dei consumatori si riferisce ad una riforma delle sole direttive 85/577/CEE e 97/7/CE, lo studio della disciplina dei “contratti a distanza” per la prestazione di servizi non coinvolgerà anche le disposizioni relative alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Così l'art. 48 c.cons. L'art. 55 co. 2 lett. a) afferma invece: «il consumatore non può esercitare il diritto di recesso (...)»

<sup>35</sup> Con la Comunicazione del 20 novembre 2009, COM(2009) 626 def. la stessa Commissione osserva come: «allo stato attuale non sia opportuno proporre alcuna modifica della direttiva [2002/65/CE]». Invero, sebbene i contratti aventi ad oggetto servizi finanziari siano esclusi dal campo di applicazione della direttiva 97/7/CE, ad essi è dedicata la direttiva 2002/65/CE, con la quale si è finalmente completato il sistema normativo predisposto dalla UE per tutelare i consumatori nei confronti dei rischi e dei pregiudizi cui si trovano esposti quando negoziano e concludono contratti con professionisti ricorrendo esclusivamente a tecniche di comunicazione a distanza. Così G. DE CRISTOFARO, *Contratti aventi ad oggetto «servizi finanziari» stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d.legisl. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE*, in *St. iuris*, 2006, p. 265ss.; ID., *Contratti aventi ad oggetto «servizi finanziari» stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d. legisl. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2006, p. 385 ss.. In materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari v. V. CUFFARO, *Dopo il codice del consumo: la disciplina della commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Contr. impr.*, 2007, 273 ss. G. ALPA, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, commento al d.leg. 19 agosto 2005 n. 190 - Attuazione della direttiva 2002/65/Ce relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, in *Contr.*, 2005, p. 1173 s.; P. BALZARINI, *Attuazione della direttiva sulla vendita a distanza di servizi finanziari*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1177 s.; V. CRESCIMANNO, *Obblighi di informazione del fornitore di servizi finanziari e nullità del contratto: la disciplina francese tra code de la consommation e code civil*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 483 ss.; U. DRAETTA, *La protezione dei consumatori e i servizi finanziari forniti a distanza: la legge italiana di attuazione della direttiva comunitaria*, in *Dir. comm. int.*, 2005, 465 ss.; M. GIURGOLA, *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari: l'epilogo di una lunga attesa*, in *Società*, 2003, 103 ss.; F. MASTROROSA – M.P. SERRA, *La commercializzazione a distanza di prodotti finanziari: la direttiva 23 settembre 2002 n. 65 e il*

Sebbene la direttiva 2002/65/CE abbia in comune con la direttiva 97/7/CE i presupposti soggettivi (la qualità di consumatore e professionista dei contraenti) e oggettivi (la circostanza che il contratto sia concluso *inter absentes*) richiesti per la sua applicazione, le diversità disciplinari tra i due provvedimenti sono tali, da non consentirne una trattazione congiunta.

D'altronde la semplice circostanza che la disciplina dei contratti relativi a servizi finanziari abbia richiesto l'adozione di un'autonoma e distinta direttiva lascia intendere che siffatta materia solleva problematiche così peculiari da non poter essere confuse con quelle relative a qualsiasi altro contratto stipulato a distanza tra un consumatore ed un professionista.

La direttiva 2002/65/CE ha infatti un campo di applicazione limitato ad una categoria di contratti afferenti ad una materia specifica, essendo essa diretta a tutelare tutti e soltanto i consumatori che abbiano negoziato e stipulato a distanza contratti aventi ad oggetto un servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di assicurazione o di previdenza individuale<sup>36</sup>.

Orbene, posto che la direttiva è stata attuata nell'ordinamento nazionale, introducendo regole che vanno a combinarsi e, talvolta, a confliggere con quelle già presenti nel settore bancario, finanziario e assicurativo, lo studio dei servizi finanziari negoziati a distanza richiederebbe necessariamente anche un esame delle disposizioni contenute nel t.u. finanziario e nel Codice delle assicurazioni private,

---

*decreto legislativo di attuazione 19 agosto 2005 n. 190*, in *Dir. internet*, 2006, p. 82 ss.; M.T. PARACAMPO, *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari e la tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 382 ss.; L. PONTIROLI, *La disciplina del pagamento nella vendita a distanza dei servizi finanziari: prime considerazioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, 678 ss.; V. SANGIOVANNI, *La nullità del contratto nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Corr. giur.*, 2008, 1469 ss.

<sup>36</sup> Cfr. F. BRAVO, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, Milano, 2002, p. 15ss., ove si pone l'accento sul fatto che il testo definitivo della direttiva, innovando rispetto alla proposta iniziale, parli di *commercializzazione* anziché di *vendita*; l'Autore ritiene che la variazione terminologica determini un ampliamento dell'oggetto di normazione. Cfr. anche Z. ZENCOVICH, *La tutela del fruitore di servizi finanziari resi attraverso reti telematiche*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, Milano, 2001, p. 688. Per un'analisi della proposta v. altresì: G. GRISI, *La prestazione on line di servizi e prodotti finanziari*, in *Eur. dir. privato*, 2001, 367 ss.

ovverosia di precetti estranei al *corpus* normativo proprio del Codice del consumo<sup>37</sup>.

Il legislatore italiano, infatti, ha dettato una scarna disciplina di coordinamento con il tessuto normativo preesistente, demandando piuttosto all'interprete il compito di risolvere i problemi conseguenti al recepimento dei precetti della direttiva nell'ordinamento italiano<sup>38</sup>.

Infine, è da osservare che, sebbene entrambe le direttive articolino il sistema di tutela del consumatore mediante la previsione di un obbligo d'informazione del professionista e l'attribuzione al consumatore del diritto di recedere del contratto stipulato a distanza, diversa è la *ratio* e la portata di questi due istituti nel contesto della commercializzazione a distanza di servizi finanziari<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Al riguardo v. PELLEGRINI M, Sub art. 67ter c.cons., in *Comm. De Cristofaro - Zaccaria*, Padova 2010, p. 541s. In quanto specificamente afferente ai servizi finanziari e assicurativi, alcuni ritengono che tale complesso normativo sia da considerarsi del tutto speciale rispetto al codice del consumo. Al riguardo G. ALPA, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori* cit., p. 1174

<sup>38</sup> Al riguardo sembra in ogni caso potersi affermare che, in ragione della pretesa armonizzazione completa delle legislazioni nazionali cui mira la direttiva, in caso di contrasto tra i nuovi precetti e il materiale normativo preesistente, l'interprete debba senz'altro preferire l'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 67bis c. cons. Così G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 267s.

<sup>39</sup> Al riguardo v. D. HENRICH, *La libertà contrattuale e il consumatore*, in Diurni-Henrich, *Percorsi europei di diritto privato comparato*, Milano 2006, p. 204ss, e 206ss. ove, opportunamente, si distingue la disciplina dei contratti di credito al consumo da quella dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali o a distanza, facendo leva sulla diversità di scopi e di strumenti impiegati per tutelare il consumatore. Per quanto concerne l'obbligo di informazione vedi V. SANGIOVANNI, *L'informazione del consumatore nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Dir. Internet*, 2008, p. 400ss, che individua nell'obbligo informativo una duplice funzione: privatistica, consistente in un riequilibrio della posizione contrattuale delle parti, e pubblicistica, consistente nel garantire il corretto funzionamento dei mercati finanziari. Cfr. anche P. LONGHINI, *Servizi finanziari telematici. La tutela di investitori, risparmiatori ed assicurati: commento al d.leg. 19 agosto 2005 n. 190*, Milano, 2006, p. 217ss.; C. DE VITIIS, sub Art. 67- septies decies, in *Comm. De Cristofaro - Zaccaria*, Padova 2010, p. 591ss. Circa le conseguenze della violazione dell'obbligo di informazione vedi altresì: G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 274. Più in generale sulle nullità di protezione: G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 37; G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificatamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1976, p. 480; A. DI MAJO, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1285; ID., *La nullità, ne Il contratto in generale*, tomo VII, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, vol. XIII, Torino, 2002, p. 140 ss.; G. B. FERRI, *Introduzione alla invalidità*, in *Il contratto in generale*, *Tratt. Bessone*, XIII, TORINO, 2002, p. 3 ss.; F. GALGANO, *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, in *Comm. c.c. Scialoja-branca*, Bologna-Roma, 1998; A. GENTILI, *Le invalidità*, in GABRIELLI *I contratti in generale*, Torino, 1999, p. 1255; G. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 608; S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Eur. e dir.*

Queste stesse ragioni suggeriscono di escludere dal campo della nostra indagine anche un'ulteriore categoria di contratti relativi a servizi finanziari, ovverosia quelli concernenti il credito al consumo.

Invero, anche la disciplina di attuazione della direttiva 2008/48/CE solleva problemi e questioni interpretative rilevantissime, ma pur sempre legate alla specificità dei soli contratti di credito al consumo e, per tale precipua ragione, incompatibili con il nostro studio<sup>40</sup>.

---

*priv.*, 1998, p. 45; P.M. PUTTI, *L'invalidità nei contratti del consumatore*, in *Tratt. dir. priv. europeo*, diretto da Lipari, III, Padova, 2003, p. 452. In merito alla qualificazione dello *ius poenitendi* di cui all'art. 67-duodecies c.cons., v. F. ANNUNZIATA -E. GUFFANTI, *Il recesso nei contratti finanziari a distanza*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 6s.; D. CERINI, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori: lieto fine comunitario nella direttiva 2002/65/CE*, in *Dir. ed economia ass.*, 2003, p. 431s.; F. BRAVO, *Nozione di «servizi finanziari» di cui al d.leg. n. 190 del 2005 sulla «commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori» e collocabilità della disciplina nel codice del consumo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 583s; ALBANESE, *Commento all'art. 67-duodecies*, in AA.VV., *Codice ipertestuale del consumo*, Torino 2008, p. 290s.; V. SANGIOVANNI, *Il diritto di recesso nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Contr.*, 2009, p. 415ss.

<sup>40</sup> Circa i problemi interpretativi sollevati dal Decreto legislativo 13 agosto 2010 n. 142, (in *Gazzetta Ufficiale* 4 settembre 2010, Suppl. ord.), vedi G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *Contratti*, 2010, p. 1041ss.; S. PELLEGRINO, *Le disposizioni attuative in materia di credito al consumo*, in *Obblig. e contr.*, 2011, p. 296; ID, *Le nuove regole sui contratti di credito ai consumatori*, *ivi*, p. 125; S. PAGLIANTINI, *La nuova disciplina del cd. ius variandi nei contratti bancari: prime note critiche*, in *Contratti*, 2011, p. 191; F. PADOVINI, *I contratti di credito ai consumatori. Il recesso e l'estinzione del rapporto*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2011, p. 697ss.



# CAPITOLO II

## LA NATURA GIURIDICA DELLO *IUS POENITENDI* DEL CONSUMATORE

### SEZIONE I

#### La natura dello *ius poenitendi* del consumatore nel diritto italiano

#### 1. Il fondamento dello *ius poenitendi* del consumatore.

Con diversità di termini e diversità di disciplina il nostro ordinamento contempla numerose ipotesi di recesso, per indicare il diritto potestativo attribuito dalla legge (recesso legale) o dall'accordo (recesso convenzionale) ad una o a ciascuna delle parti di un contratto, di sciogliere unilateralmente il rapporto negoziale<sup>1</sup>. Proprio la molteplicità delle previsioni che il Codice civile dedica a siffatto istituto ha indotto la dottrina ad un'opera di sistematizzazione del materiale normativo esistente, necessaria per evidenziare gli aspetti comuni ai diversi tipi di recesso e fornire così all'interprete criteri utili in punto di disciplina applicabile<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Più propriamente la dottrina distingue tra «diritto» e «atto» di recesso, indicando il primo una deroga ammessa dall'ordinamento al noto principio del *pacta sunt servanda*, e il secondo un negozio unilaterale di secondo grado a carattere recettizio, un atto cioè diretto ad estinguere un precedente rapporto giuridico e produttivo di effetti nel momento in cui è portato a conoscenza del destinatario. Così G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, II, in *Comm. cod. civ. UTET*, Torino 1980, pp. 296ss., spec. 303:: R. SACCO, *Il contratto*, in SACCO-DE NOVA, *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino 2004, p. 734s. Circa il carattere potestativo del diritto di recesso v. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1973, p. 72; W. D'AVANZO, voce «*Recesso (dir. civ.)*», in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, p. 1027, secondo cui «la volontà di recedere si rivela di per sé sola idonea a creare una nuova situazione giuridica nei riguardi di chi, destinatario di quella volontà, è vincolato ai relativi effetti, senza possibilità di opporvisi». Sul recesso in generale, v. C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Milano 2000, p. 736ss.; G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985; G. GABRIELLI - F. PADOVINI, voce «*Recesso*», in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 26ss.; G. DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti: appunti da una ricerca*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, cit., p. 9; ID., voce «*Recesso*», in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1997, p. 314 ss.; F. GALGANO, *Sub art. 1373 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna 1993, p. 58ss. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, *Il codice civile*, *Comm. Schlesinger*, Milano, 1998, p. 308 ss.; S. SANGIORGI, voce «*Recesso*», in *Enc. giur.* XXVI, Roma, 1991, *passim*; T. TABELLINI, *Il recesso*, Milano 1962.

<sup>2</sup> Al riguardo la dottrina tende a trattare unitariamente la disciplina del recesso legale e convenzionale (sulle ragioni di questa scelta, v. G. GABRIELLI - F. PADOVINI, «*Recesso*», cit. p.

Consapevoli della vastità dei contenuti e delle soluzioni del dibattito, sembra opportuno, ai fini del nostro studio – *id est* al fine di analizzare la disciplina dello *ius poenitendi* nei contratti per la prestazione di servizi – limitarci a sottolineare che nessuna delle categorie elaborate dalla dottrina si rivela idonea a comprendere il diritto di recesso del consumatore nei contratti conclusi a distanza o fuori dei locali commerciali.

Il problema relativo alla qualificazione dello *ius poenitendi* previsto dall'art. 5 par. 1, dir. 85/577/CEE e dell'art. 6, par. 1, dir. 97/7/CE – le cui disposizioni trovano ora attuazione e collocazione negli artt. 64ss. del Codice del consumo – risiede innanzitutto nel fondamento di tale istituto<sup>3</sup>: esso viene in genere individuato nella considerazione che le tecniche di negoziazione e conclusione del contratto «porta a porta» o «a distanza», sebbene funzionali a una più celere circolazione dei beni e dei servizi nel mercato interno, possono prestarsi ad essere impiegate in maniera strumentale a una sistematica violazione dei diritti dei consumatori<sup>4</sup>.

---

28s; G. DE NOVA, voce «*Recesso*», cit., p. 318s.; G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 297s.), e sottolineare il profilo funzionale dell'istituto, per risolvere specifici problemi relativi alla sua applicazione. Ha infatti trovato particolare adesione tra gli interpreti una tripartizione delle funzioni che il diritto di recesso sarebbe chiamato a svolgere, distinguendosi tra le ipotesi in cui esso svolge una funzione determinativa del termine finale, da quelle in cui esso rappresenta uno strumento di impugnazione del contratto per vizi, o, ancora, da quelle in cui esso si atteggia a diritto di pentirsi del vincolo già pattuito: in questo senso si veda G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale, passim*; G. DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti: appunti da una ricerca*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, cit., p. 9; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 308 ss. *Contra* S. SANGIORGI, *op. ult. cit.*, p. 2ss, il quale distingue tra recesso volontario e legale, a sua volta tripartito in recesso *ad nutum*, vincolato o per giusta causa. Ulteriori classificazioni rilevano in relazione alle modalità di esecuzione della prestazione oggetto del contratto, così C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 734.

<sup>3</sup> In tal senso v. da ultimo A.M. BENEDETTI, *La difesa del consumatore dal contratto: la natura ambigua dei recessi di pentimento*, in *Annuario del contratto*, 2012, p. 4ss. spec. p. 7s., secondo cui sarebbe proprio la specifica funzione del recesso del consumatore l'elemento discrezionale di tale diritto nell'eterogenea categoria dei diritti di recesso contemplati dal codice civile: in particolare, il recesso del consumatore dovrebbe essere distinto dai «recessi di pentimento» previsti dal Codice civile per porre termine alla prosecuzione di un rapporto contrattuale, in ragione del mutamento o del venir meno delle circostanze – *in primis* la fiducia nella controparte e la convenienza dell'affare – che avevano indotto il recedente a concludere il contratto. Il diritto del consumatore di recedere dal contratto o di revocare la proposta, infatti, sarebbe strumentale a rimettere in discussione il consenso del consumatore, perché, sebbene non possa dirsi che esso sia nato viziato, esso è stato pur sempre prestato «sotto l'ombra di un inquietante sospetto», per eliminare il quale è necessario concedere al consumatore un termine per riflettere sull'opportunità dell'operazione economica e sulla scelta di sciogliere il vincolo negoziale.

<sup>4</sup> Così argomentando dai considerando 4 e 5 della direttiva 85/577/CEE e dai considerando 9 e 14 della direttiva 97/7/CE. Sul fondamento del diritto di recesso, v. D. HENRICH, *La libertà*

Per mezzo di esse, infatti, il professionista ha la possibilità di incidere sull'equilibrio contrattuale delle parti, cogliendo di sorpresa il consumatore e condizionandone gli acquisti<sup>5</sup> ovvero privando il consumatore della possibilità di visionare in concreto il bene o di prendere conoscenza della natura del servizio prima della conclusione del contratto<sup>6</sup>.

Il legislatore è allora intervenuto al fine di evitare che eventuali controversie tra consumatori e professionisti siano risolte mediante l'utilizzo dello schema classico dei vizi del consenso – schema considerato troppo costoso e articolato in relazione alle esigenze dei moderni mercati di consumo – elaborando a tal proposito una

---

*contrattuale e il consumatore*, in Diurni-Henrich, *Percorsi europei di diritto privato comparato*, Milano 2006, p. 206ss. Le tecniche commerciali dirette ad «aggreddire» il consumatore si sono sviluppate a partire dagli anni 60' del secolo scorso. Il fenomeno si è poi generalizzato e sviluppato con il diffondersi e l'evolversi dei processi di comunicazione – in *primis* internet – che aumenta in maniera esponenziale il rischio di alterazione della volontà del consumatore e dunque di acquisti sconsiderati. Circa le origini della disciplina di tutela del consumatore nelle vendite «aggressive», v. S. CICOGNA, *op. cit.*, p. 167; F. ASTONE, *op. cit.*, p. 34ss.; V. JACOMETTI, *Terminologia giuridica e armonizzazione del diritto europeo dei contratti - ius poenitendi del consumatore nelle direttive comunitarie e nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 367; O. TROIANO, *Disciplina dei mercati e jus poenitendi nella contrattazione a distanza e in quella sorprendente*, in Pardolesi, *Saggi di diritto privato europeo*, Napoli, 1995, p. 252ss.; N. SCANNICCHIO, *La vendita a distanza con mezzi di comunicazione istantanei*, in Jannarelli, *Le vendite aggressive, Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, Napoli 1995, p. 230s.; F. BOCCHINI, *op. cit.*, p. 54s.

<sup>5</sup> In relazione ai contratti porta a porta, v. le incisive osservazioni formulate da G. DE CRISTOFARO, *La disciplina unitaria del «diritto di recesso»: ambito di applicazione, struttura e contenuti essenziali*, in DE CRISTOFARO *I principi del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Torino 2009, p. 359ss., il quale, contestando la *ratio* abitualmente riconosciuta al diritto di recesso del consumatore, fa notare che, anche quando il consumatore stipula il contratto nei locali commerciali, sussiste il rischio «di decisioni frettolose ed avventate, influenzate da condizionamenti psicologici e da pressioni» del professionista, come dimostra la circostanza che l'art. 26 c.cons. annovera, fra le pratiche commerciali sicuramente sleali perché considerate in ogni caso aggressive proprio quelle consistenti nel creare «l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali se non dopo aver concluso il contratto».

<sup>6</sup> Anche in relazione ai contratti a distanza (si pensi ai contratti stipulati mediante internet) è stato evidenziato come il consumatore potrebbe giovare delle potenzialità della tecnica impiegata per procurarsi tutte le informazioni che ritiene utile o necessario acquisire e che gli consentono, altresì, di comparare le varie offerte. Si sostiene allora che la *ratio* del diritto di recesso debba essere piuttosto rinvenuta «nella speditezza e nella velocità che caratterizzano la negoziazione per via telematica (nel c.d. tempo reale), ove è immanente il pericolo di scelte e decisioni del consumatore non sufficientemente ponderate e, una volta frettolosamente assunte, non emendabili». Così G. GRISI, *Lo jus poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 592ss. spec. 598; A.M. MANCALEONI, *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, Napoli, 2005, p. 201.

nuova forma di protezione del contraente debole, ovverosia il diritto di pentirsi della dichiarazione negoziale<sup>7</sup>.

La *ratio* che ispira l'intervento legislativo è infatti quella di consentire all'acquirente di avvelersi di un agevole strumento di scioglimento del contratto, dopo aver ponderato l'opportunità e la convenienza dell'affare concluso porta a porta o mediante mezzi di comunicazione a distanza.

Siffatto fondamento consente di cogliere il senso della prima caratteristica dell'istituto, l'unilateralità: il diritto di recesso disciplinato negli artt. 64ss., c.cons. è attribuito solo ed esclusivamente al consumatore, al fine di ristabilire l'equilibrio contrattuale che si ritiene sia stato compromesso dalle tecniche di negoziazione utilizzate dal professionista durante la fase delle trattative e di conclusione del contratto<sup>8</sup>.

Allo stesso tempo esso consente di dissipare i dubbi sorti in merito alla disciplina dettata dal Codice del consumo e, segnatamente, di comprendere la reale portata delle peculiari caratteristiche di «gratuità», «discrezionalità» e «irrinunciabilità» del diritto di recesso, essendo tali caratteristiche un primo indice normativo funzionale a distinguere lo strumento di protezione del consumatore dal diritto di recesso contemplato dal Codice civile.

---

<sup>7</sup> Così R. ALESSI, *Consensus ad idem e responsabilità contrattuale*, in MAZZAMUTO *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino 2002, *op. cit.*, p. 121ss.; Z. ZENCOVICH, *op. cit.*, p. 1268; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 701s.; S. CICOGNA, *op. cit.*, p. 168s. il quale osserva come altre tecniche di tutela necessiterebbero di «un'iniziativa giudiziaria del c.d. contraente debole (che proprio perché debole sarà dissuaso dagli eventuali costi e dall'incertezza di questa)». Cfr. anche R. SACCO, *Il contratto cit.* p. 213ss., spec. p. 489ss. secondo cui il diritto di recesso del consumatore si qualificerebbe come uno strumento di «protezione concorrente» ai rimedi previsti per i vizi della volontà; ID., *Conclusioni del contratto*, in *Riv. dir., civ.*, 1995, p. 207, ove ancor più esplicitamente si afferma che la sorpresa seguente alla negoziazione porta a porta è da qualificarsi come un «vizio del volere» C. PILIA, *op. cit.*, p. 324s..

<sup>8</sup> Tuttavia, sembra opportuno sottolineare come l'insorgere in capo al consumatore della facoltà di recedere dal contratto è subordinata alla mera circostanza che il contratto sia stato concluso *inter absentes* ovvero fuori dei locali commerciali, senza che risulti per converso necessario dover dimostrare che «il commerciante abbia influenzato e/o manipolato la volontà del consumatore, con un comportamento fraudolento appositamente ed intenzionalmente tenuto a tal fine». Così G. DE CRISTOFARO, *sub art. 45 c.cons.*, in *Comm. De Cristofaro – Zaccaria*, Padova 2010, p. 419ss.; F. BOCCHINI, *op. cit.*, p. 55s.; G. CANALE, in *Commentario al Decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50*, a cura di LIPARI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 128ss.

## 2. Caratteristiche tipiche dello *ius poenitendi*: la gratuità e la discrezionalità.

Nelle disposizioni del Codice civile l'attribuzione ad uno dei contraenti della facoltà di recedere è generalmente accompagnata da misure volte a tutelare l'interesse della controparte al mantenimento del contratto.

Sia qui sufficiente ricordare che in ipotesi di recesso convenzionale, l'interesse della controparte può essere tutelato dall'obbligo per il recedente di corrispondere alla controparte una somma di denaro, già consegnata al momento della conclusione del contratto (caparra penitenziale), ovvero da consegnarsi all'atto di esercizio del diritto di recesso (multa penitenziale). In ipotesi di recesso legale, invece, è la stessa legge a prevedere i presupposti per l'esistenza ovvero l'efficacia del diritto di recesso. Così in alcuni casi la tutela dell'altro contraente è assicurata subordinando il diritto di recesso alla sussistenza di una «giusta causa» o di un «grave motivo» (così ad es. nell'art. 1845 co. 1, c.c.) oppure prevedendo a carico del recedente un onere di dare congruo preavviso (così ad es. negli artt. 1569 e 2285 co. 3 c.c.). Altre volte è invece previsto l'obbligo di risarcimento (così *ex* artt. 1725 co. 1, 1727 co. 1 c.c.), o *in limine* di tenere quanto meno indenne la controparte delle spese sostenute per addivenire alla conclusione del contratto (artt. 1671, 1738 c.c.)<sup>9</sup>.

Viceversa la disciplina del Codice del consumo è caratterizzata dalla tendenziale «gratuità» e «discrezionalità» dell'esercizio del diritto di recesso, espressamente sancita nell'art. 64 co. 1 c.cons., in forza del quale «il consumatore ha diritto di recedere senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo»<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Su tali aspetti, vedi più diffusamente la dottrina citata alla nota n. 41.

<sup>10</sup> La collocazione sistematica dell'art. 64 c.cons. tra le disposizioni comuni ai contratti conclusi a distanza e fuori dei locali commerciali, rende possibile riferire le caratteristiche della gratuità e discrezionalità sia al recesso esercitato nei contratti porta a porta, sia al recesso esercitato nei contratti a distanza. È questa una novità del codice del consumo, posto che anteriormente all'emanazione del D.lgs. 2005/206, l'esercizio libero dello *ius poenitendi* era sancito solo nell'art. 5, 1° co., del d.lgs. n. 185 del 1999, relativo ai contratti a distanza, e nell'art. 5 co. 1° del d.lgs. 427/1998, relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili. Ciononostante la dottrina riteneva di poterne estendere la portata a tutte le fattispecie di *ius poenitendi* del consumatore. Al riguardo, v. M.C. CHERUBINI, *Tutela del «consumatore debole» nella formazione del consenso*, Torino 2005, p. 81; G. GRISI, *Lo ius poenitendi cit.*, p. 576s.

Comunemente si afferma che tali caratteristiche sono connaturate al diritto di recesso, in modo da sottolineare che la mera previsione di uno strumento di scioglimento del contratto non può essere di per sé sufficiente a tutelare il consumatore, essendo a tal proposito necessario predisporre per esso anche specifiche regole di esercizio<sup>11</sup>.

Invero, l'attribuzione al consumatore dello *ius poenitendi*, non "guarentigiata" da una regolamentazione delle condizioni concernenti il suo esercizio, offrirebbe al professionista la possibilità di articolare il contenuto del contratto in misura tale da ostacolare l'esercizio del diritto stesso, subordinando la facoltà di sciogliere il vincolo negoziale ad un presupposto giustificativo, ovvero al pagamento di una somma a titolo di indennizzo o di risarcimento.

Sicché l'estrinsecarsi dell'autonomia privata nei contratti porta a porta e a distanza porterebbe con sé il rischio di condizionare le scelte del consumatore, inducendolo a credere che sia preferibile rimanere vincolato al contratto, piuttosto che affrontare la portata degli oneri e delle condizioni previste per l'esercizio del diritto di recesso.

La norma di cui all'art. 64 co. 1, c.cons. deve allora essere intesa come un espresso limite al potere previsto dall'art. 1322 c.c. di determinare liberamente il contenuto del contratto, limite giustificato dall'esigenza di garantire effettività alla disciplina di tutela del consumatore e consistente nella tendenziale assoluta gratuità e libertà di sciogliere il vincolo negoziale.

In particolare, la formulazione imperativa e negativa della disposizione, in base alla quale il consumatore ha diritto di sciogliere il contratto «senza specificarne il motivo», dovrebbe essere idonea ad escludere la fondatezza di qualsiasi pretesa del professionista ad ottenere una motivazione in ragione del mero esercizio del diritto di recesso. Sicché, qualsiasi clausola o pattuizione – sia essa autonoma o inserita nelle condizioni generali di contratti – volta ad imporre

---

<sup>11</sup> Così M. FARNETI, Sub art. 64 c.cons., in *Comm. De Cristofaro - Zaccaria*, Padova 2010, p. 500ss.

un siffatto obbligo al consumatore, dovrebbe essere considerata inevitabilmente nulla<sup>12</sup>.

Per converso, la genericità della formula «senza alcuna penalità» utilizzata dal Legislatore, si rivela senz'altro idonea ad fondare un'interpretazione estensiva della norma, tale da escludere la validità non solo delle clausole tese a subordinare l'esercizio del diritto di recesso al pagamento di una somma di danaro (sia essa prevista a titolo di risarcimento o di indennizzo), bensì anche e soprattutto quelle clausole del contratto, con le quali si tenda ad affermare che l'esercizio del diritto comporta la perdita totale (o parziale) della prestazione già eseguita dal consumatore<sup>13</sup>. In questo contesto si inseriscono le pronunce della Corte di Giustizia dell'UE nelle cause “Pia Messner” ed “Heirich Heine”, con le quali i giudici di Lussemburgo hanno chiarito e sancito che l'attribuzione al consumatore del diritto di recesso si rivelerebbe meramente «formale», se fosse consentito al professionista di riversare sul consumatore stesso le conseguenze pecuniarie negative derivanti dall'esercizio del suo diritto<sup>14</sup>.

Nella “Causa Messner”, in particolare, la Corte ha ritenuto che la previsione dell'obbligo per il consumatore di pagare una «indennità» per l'uso del bene acquistato tramite un contratto a distanza, si risolve in una misura lesiva dell'effettività ed efficacia del diritto di recesso, perché un siffatto obbligo di

---

<sup>12</sup> L.C. NATALI, *Ius poenitendi e obbligo di restituzione nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Contr.*, 2006, p. 302, secondo cui ciò sarebbe la logica conseguenza «della predominante ratio di tutela del consumatore». In tal senso anche E. GUERINONI, *op. cit.*, p. 344s.; R. TOMMASINI, *Codice del consumo e ius poenitendi*, in PERLINGIERI - CATERINI, *Il diritto dei consumi*, 2007, III, p. 285, parla al riguardo di «recesso incondizionato». B. COLOSIMO, *Sub art. 64 c.cons.*, in *Comm. Vettori*, Padova 2007, p. 517. La previsione di una motivazione per l'esercizio del diritto di recesso dovrebbe integrare gli estremi di una pratica commerciale aggressiva: al riguardo v. A. DE FRANCESCHI, *Sub art. 25 c.cons.*, *Comm. De Cristofaro - Zaccaria*, Padova 2010, p. 201.

<sup>13</sup> Una siffatta conclusione oltre che dell'art. 64 co. 1, c.cons., risulta supportata dal disposto dell'art. 67 co. 5, 2<sup>a</sup> proposizione c.cons., ove si afferma che «E' nulla qualsiasi clausola che preveda limitazioni al rimborso nei confronti del consumatore delle somme versate in conseguenza dell'esercizio del diritto di recesso». Circa la portata di quest'ultima disposizione v. M. FARNETI, *Sub art. 67 c.cons.*, in *Comm. De Cristofaro - Zaccaria*, Padova 2010, p. 533.

<sup>14</sup> Corte di giustizia dell'UE, 3 settembre 2009, *Pia Messner c. Firma Stefan Krüger*, *Causa C-489/07*, *Raccolta della giurispr.*, 2009, p. I-07315; Corte di giustizia dell'UE, 15 aprile 2010, *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV.*, *Causa C-511/08*, *Raccolta della giurispr.*, 2010 p. I-03047.

pagamento è potenzialmente idoneo a comprimere la libertà di esercitare il diritto di recesso<sup>15</sup>.

Tale statuizione, sebbene originata da una fattispecie in cui il professionista non aveva correttamente informato il consumatore circa il potere di sciogliere unilateralmente il contratto stipulato a distanza, non deve essere intesa in senso restrittivo, ossia come mera «conseguenza sanzionatoria» della violazione dell'obbligo informativo, bensì come espressione di un principio di portata autenticamente generale, relativo alla gratuità *sic et simpliciter* del diritto di recesso.

In primo luogo, in ragione del fatto che, da nessun punto della sentenza, emerge l'intenzione della Corte di Giustizia di voler circoscrivere la portata della gratuità dello *ius poenitendi* alle sole ipotesi in cui il consumatore sia tenuto all'oscuro dei suoi diritti.

In secondo luogo, perché l'ampiezza del principio di gratuità della facoltà di recedere è stata recentemente confermata dalla sentenza pronunciata nella "Causa Heinrich Heine", che pure origina da una fattispecie fondata sul pieno rispetto dell'obbligo di informazione gravante sul professionista. Tale ultima sentenza richiama espressamente il precedente segnato nella "causa Messner"<sup>16</sup>, per affermare che il consumatore, all'atto del recesso, può essere onerato solo ed esclusivamente delle *spese di restituzione del bene*, dovendosi per converso escludere la legittimità di qualsiasi pretesa da parte del professionista fondata sulla conclusione del contratto a distanza, *ivi* compresa quella consistente nel pagamento delle *spese di spedizione del bene*<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> «Essendo il diritto di recesso proprio finalizzato a dare tale possibilità al consumatore [*id est* quella di "provare" il bene], il fatto che egli vi ricorra non può comportare che gli sia consentito di recedere unicamente a condizione di pagare un'indennità»: così Corte di giustizia UE, al punto 24. Circa la portata di questa sentenza in merito alla protezione del consumatore, vedi le osservazioni di C. FÖHLISCH/ F. BUCHMANN, "Globales Leihhaus Internet" statt Onlinehandel?, in *MMR*, 2010, p. 3ss.; O. MÖRS DORF, *Die Vereinbarkeit der deutschen Widerrufsfolgenregelung gemäß § 357 BGB mit der Fernabsatz-Richtlinie*, in *JZ*, 2010, p. 232 ss.

<sup>16</sup> Vedi punto 54 della "Sentenza Heine".

<sup>17</sup> Anche la clausola volta ad imporre al consumatore l'onere di pagare le spese di spedizione potrebbe rivelarsi, secondo la Corte di giustizia dell'UE, idonea ad ostacolare l'esercizio del diritto di recesso e rendere tale diritto una misura soltanto formale di protezione del consumatore. Per un primo commento alla sentenza sia consentito rinviare a V. CARDANO, *Hinsendekosten der Ware bei einem Fernabsatzvertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer: Anmerkung*

## 2.1. L'effettiva portata dei principi di gratuità e discrezionalità.

### 2.1.1. Interpretazione restrittiva.

Improntando l'esercizio del diritto di recesso ai connotati specifici di gratuità e discrezionalità, il Legislatore ha inteso assicurare una effettiva protezione degli interessi economici del contraente debole in tutti i casi in cui questi stipuli un contratto con il professionista in una situazione porta a porta o *inter absentes*.

Tuttavia uno dei principali problemi postosi all'attenzione degli interpreti concerne l'individuazione del limite oltre il quale le caratteristiche di gratuità e discrezionalità del diritto di recesso non possono più considerarsi effettiva espressione del bisogno di protezione del consumatore.

Sotto questo profilo una parte della dottrina ha ritenuto che da una corretta interpretazione dell'art. 64 co. 1°, c.cons. dovrebbe emergere l'intenzione del legislatore di esonerare il consumatore solo dall'obbligo di esternare le ragioni e i motivi del recesso, non certo di autorizzarlo a qualsiasi uso o, per meglio dire, abuso nell'esercizio del diritto stesso<sup>18</sup>.

Tali conclusioni si fondano sulla enfaticizzazione della *ratio* dell'art. 64 c.cons., ovverosia delle ragioni che hanno spinto il Legislatore a derogare ai principi generali del diritto civile, prevedendo a favore del consumatore il diritto di sciogliere unilateralmente, gratuitamente e discrezionalmente il vincolo contrattuale.

---

zu EuGH, Urteil vom 15.4.2010, C-511/08 - Heinrich Heine GmbH/ Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV, in GPR, 2010, p. 231ss; M. HERMANN, *Verbraucherrechte gestärkt: Versandkosten sind bei Widerruf eines Fernabsatzgeschäftes dem Verbraucher zu erstatten*, *European Law Reporter* 2010 p. 219. Per una lettura critica delle argomentazioni che hanno condotto alla sentenza Heine, v. T. PFEIFFER, *Versandkostenklauseln in Versandhändler-AGB*, in ZGS, 2008, p. 48; C. FÖHLISCH, *Das Widerrufsrecht im Onlinehandel*, München, 2009, p. 313.

<sup>18</sup> Così M. ATELLI, *Il problema della sindacabilità della decisione di esercizio dello jus poenitendi attribuito ex lege al consumatore*, in *Riv. crit. d. priv.* 2001, 360; ID., *Sempre gratis il recesso del risparmiatore nei contratti a distanza?*, in *La resp. civ.*, 2005, p. 962; P.M. PUTTI, in *Commentario al Decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50 cit.*, p. 214; *Contra*, G. GRISI, *op. ult. cit.*, p. 579, nt. 26. La tesi dell'abuso del diritto di recesso è ispirata ad un dibattito sviluppatosi nell'ordinamento francese, per la descrizione dei cui orientamenti si rinvia a V. JACOMETTI, *op. cit.*, p. 585; D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, cit., p. 33; M.C. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 82, nt. 25.

Al riguardo si osserva che siffatta deroga risulta giustificata dalla necessità di tutelare la parte debole dalle tecniche impiegate dal professionista per la conclusione del contratto; sicché, a rigore, il diritto di recesso dovrebbe risultare privo di *ratio* tutte le volte in cui, il suo esercizio rappresenti lo strumento di cui il consumatore si avvale per soddisfare esigenze diverse e, in alcuni casi, opposte a quella consistente nella “difesa” dalle tecniche “aggressive” di conclusione del contratto<sup>19</sup>.

Un’indagine sui motivi che spingono il consumatore a sciogliere il vincolo negoziale, dunque, potrebbe rivelare ipotesi in cui l’esercizio dello *ius poenitendi* è meramente capriccioso (perché frutto di una decisione non supportata da un ragionevole motivo) o addirittura emulativo (perché frutto di una decisione preordinata a danneggiare la controparte)<sup>20</sup>.

Di tal guisa la conclusione del contratto porta a porta o a distanza non rappresenterebbe più uno strumento nelle mani del professionista, utile per stimolare i consumatori all’acquisto di beni o servizi, bensì si risolverebbe in una palese opportunità per il consumatore di dominare il mercato, utilizzando gratuitamente il bene, per poi restituirlo al professionista mediante il libero esercizio del diritto di recedere dal contratto.

È allora apparso evidente che una siffatta nozione di discrezionalità varrebbe a qualificare il diritto di recesso del consumatore come un «corpo estraneo al nostro ordinamento, incompatibile con le ragioni del sistema rispetto alle quali è inconcepibile che il consumatore sia autorizzato ad abusare del diritto in questione»<sup>21</sup>.

Ragion per cui, quando il consumatore mira ad ottenere risultati che esulano dallo scopo perseguito dalla disciplina sui contratti porta a porta o a distanza, il principio della tutela del consumatore dovrebbe essere temperato con il più generale

---

<sup>19</sup> Esigenze diverse, quali potrebbero essere, ad esempio, quelle di utilizzare e godere del bene per tutta la durata del periodo di riflessione. Così M. ATELLI, *Il problema della sindacabilità cit.*, 383s.; C. MACRÌ, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali: commento al D. lg. 15 gennaio 1992, n. 50*, Torino 1998, p. 86s.; M.C. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 82, che fa espressamente riferimento anche all’ipotesi in cui il diritto di recesso sia esercitato a seguito di circostanze sopravvenute alla conclusione del contratto.

<sup>20</sup> Così M. ATELLI, *op. cit.*, p. 361ss.

<sup>21</sup> Così G. GRISI, *La prestazione on line cit.*, p. 377s.

principio della buona fede contrattuale – principio comune a tutti gli ordinamenti degli Stati membri<sup>22</sup> – che impone di considerare vietato l’esercizio del diritto di recesso, qualora esso sia preordinato in modo specifico al conseguimento di un profitto ingiusto in danno della controparte professionale<sup>23</sup>.

### 2.1.2. Interpretazione estensiva.

L’impostazione volta ad interpretare restrittivamente il requisito della discrezionalità nell’esercizio del diritto di recesso è criticata dalla dottrina maggioritaria, per due ordini di ragioni<sup>24</sup>.

In primo luogo, perché la teoria dell’abuso del diritto del consumatore – se riferita al diritto di recesso nei contratti porta a porta e a distanza – si rivela di complessa attuazione sotto il profilo probatorio<sup>25</sup>.

Posto infatti che il consumatore non è tenuto ad esternare i motivi e le ragioni che lo hanno indotto a recedere, dovrebbero essere indagate le ragioni dell’acquisto (*id est* del presupposto giustificativo dell’attribuzione del diritto), al fine di trarre indici utili a sindacare la scelta di sciogliere il contratto.

Sembra opportuno sottolineare che, per affermare l’abuso del diritto da parte del consumatore, il professionista non potrebbe limitarsi a dimostrare che la tecnica di negoziazione impiegata per la conclusione del contratto non ha rappresentato il motivo principale o esclusivo per la stipula del negozio, dovendo egli piuttosto, e quanto meno, fornire la prova che tale tecnica non ha in alcun modo apprezzabile concorso ad indirizzare la scelta del consumatore, poiché questi

---

<sup>22</sup> Cfr. C. MARINELLI, *I principi generali del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pub. comm.*, 1994, p. 957 ss.; L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino 1998; A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all’autonomia contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 24; F. RANIERI, *Il Principio generale di buona fede*, in CASTRONOVO-MAZZAMUTO *Manuale di diritto privato europeo*, Milano 2007, p. 495ss.

<sup>23</sup> M. ATELLI, *op. cit.*, p. 368 e spec. 384; S. PAGLIANTINI, *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, 165 ss. ; E. GUERINONI, *op. cit.*, p. 346; G. CANALE, *op. cit.*, 179, che sul punto riconosce al professionista l’*exceptio doli*, il cui fondamento normativo è ravvisabile nel principio di correttezza e buona fede: al riguardo v. P. RESCIGNO, *Abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 238

<sup>24</sup> L.C. NATALI, *op. cit.*, p. 298

<sup>25</sup> Così D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive cit.*, p. 33; M.C. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 82; G. GRISI, *Lo ius poenitendi cit.*, p. 580s.

avrebbe in ogni caso concluso il contratto e, altresì, che lo avrebbe concluso alle stesse condizioni alle quali esso è stato concluso in una situazione porta a porta o a distanza<sup>26</sup>. Il professionista dovrebbe cioè fornire la prova di un fatto che inevitabilmente chiama in causa la dimensione psicologica dell'acquisto, e dunque fattori e valutazioni interne al consumatore<sup>27</sup>.

In secondo luogo – e prescindendo dalle difficoltà che potrebbero sorgere sotto il profilo probatorio – si osserva come «le previsioni legislative che attribuiscono al consumatore il diritto di sciogliere il contratto costituiscono di per sé un motivo legittimo sufficiente per l'esercizio del diritto», dovendosi con ciò intendere che la previsione del diritto di recesso trova il suo fondamento e giustificazione in circostanze oggettive, consistenti nella considerazione che il contratto è stato concluso in una situazione porta a porta o a distanza<sup>28</sup>.

Questa impostazione sembra essere confermata dalla considerazione che non sempre – o non solo – nelle fattispecie fuori dei locali commerciali o a distanza è possibile affermare con certezza una posizione di debolezza del

---

<sup>26</sup> Al riguardo si vedano le perplessità espresse da G. GABRIELLI, *Recesso unilaterale* cit., il quale, escludendo qualsiasi forma di sindacato sulle ragioni del recesso, afferma che il professionista «non è ammesso a provare nemmeno in casi particolari con allegazione di circostanze specifiche, che alla stipulazione si sarebbe pervenuti in ogni caso, a prescindere dalla tecnica promozionale da lui adottata».

<sup>27</sup> In quest'ottica, la prova richiesta al professionista sarebbe del tutto analoga a quella che è richiesta al venditore ai sensi dell'art. 129 co. 4°, lett. c), c.cons., ma con un'importante differenza: mentre nel contesto della vendita di beni di consumo il legislatore ha espressamente attribuito al venditore la possibilità di indagare le ragioni dell'acquisto, nel contesto delle vendite aggressive, tale possibilità di prova liberatoria dovrebbe essere ricavata in via meramente interpretativa. Sulla prova liberatoria del venditore, v. S. TROIANO, *Vendita di beni di consumo: la responsabilità da "dichiarazioni pubbliche"*, in *La resp. civ.*, 2005, p. 880ss.; M. GIROLAMI, *Sub art. 129 c.cons.*, in *Comm. De Cristofaro – Zaccaria*, Padova 2010, p. 832s.

<sup>28</sup> Così V. JACOMETTI, *op. cit.*, p. 585. Vedi anche R. TOMMASINI, *op. cit.*, p. 284; G. GABRIELLI, *L'attuazione in Germania e in Italia della direttiva europea sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 720s.; A.M. MANCALEONI, *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo* cit. p. 189. In altre parole, la contrattazione porta a porta o a distanza determina una presunzione *iuris et de iure* di debolezza contrattuale del consumatore: D. VALENTINO, *op. ult. cit.*, p. 33; C. FERRARI, *Ipotesi di qualificazione per il recesso di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 6, secondo le quali non avrebbe senso disquisire di abuso del diritto, perché il consumatore non è tenuto ad esternare in una motivazione esplicita le ragioni che lo hanno condotto all'esercizio del diritto di recesso. Vedi anche G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale* cit., p. 70; A. M. BENEDETTI, *La difesa del consumatore dal contratto: la natura «ambigua» dei recessi di pentimento*, in *Roppo, Annuario del contratto* 2011, Torino 2012, p. 3ss.

consumatore<sup>29</sup>. Tuttavia, è certamente possibile affermare che solo nei contratti stipulati porta a porta e a distanza il consumatore beneficia di un diritto di recesso.

In mancanza di precisi indici normativi di segno contrario è allora da ritenersi che la valorizzazione della condizione di debolezza del consumatore nei contratti porta a porta e a distanza rappresenta solo ed esclusivamente il motivo ispiratore della disciplina contenuta nel Codice del consumo, ma non ne costituisce un presupposto applicativo.

In quest'ottica, la possibilità di operare un controllo circa l'esercizio del diritto di recesso residua solo se condotta sulla base di criteri di carattere oggettivo, ossia senza operare alcun riferimento alle motivazioni e giustificazioni del suo esercizio.

È stato allora suggerito di sindacare l'esercizio del diritto di recesso, mediante un giudizio che tenga conto delle disposizioni che regolano l'ambito di applicazione della disciplina sui contratti porta a porta o a distanza, valorizzando cioè il novero delle fattispecie nelle quali al consumatore è preclusa la possibilità di recedere dal contratto.

Il Legislatore, infatti, pur prevedendo in termini generali il diritto di recesso, esclude la possibilità di esercitare tale diritto in relazione ad una vasta e variegata area di contratti; tali esclusioni non sono però riconducibili ad una medesima *ratio*, ma determinate di volta in volta vuoi da ragioni sistematiche, vuoi ancora dalle particolari caratteristiche del bene o servizio oggetto del negozio.

Con la conseguenza che, a fronte di ogni concreta dichiarazione di recesso, l'interprete dovrebbe procedere ad una attenta analisi del contratto a cui essa si riferisce e valutare se tale contratto rientra nell'ambito di applicazione della disciplina di tutela del consumatore.

Il giudizio non potrebbe però risolversi in una mera comparazione tra il caso sottoposto all'attenzione del giudice e la «lista» dei contratti esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina contenuta nel Codice del consumo.

---

<sup>29</sup> Al riguardo si rinvia alle osservazioni svolte in relazione al fondamento del diritto di recesso nei contratti porta a porta e a distanza.

Oltre ai casi «sicuramente esclusi» ovvero «sicuramente inclusi» nell'ambito di applicazione della normativa sui contratti a distanza e fuori dei locali commerciali, possono darsi anche casi che «non paiono immediatamente sussumibili in nessuna delle definizioni delle tante fattispecie *escluse*, ma, dall'altro lato, poiché riproducono la medesima *ratio* di queste fattispecie, neppure giustificano una tutela indiscriminata del consumatore<sup>30</sup>»

A fronte di quelle fattispecie cosiddette intermedie, si renderebbe innanzitutto opportuno valutare la conformità delle disposizioni del Codice del consumo alle direttive 85/577/CEE e 97/7/CE<sup>31</sup>; oppure, qualora sussistano elementi utili e sufficienti per la soluzione della controversia, dovrebbe essere valutata la possibilità e l'opportunità di escludere la fattispecie dall'ambito di applicazione della disciplina di tutela del consumatore<sup>32</sup>.

### **3. Il principio di irrinunciabilità dei diritti dei consumatori e la sua applicabilità allo *ius poenitendi***

Il carattere dell'irrinunciabilità completa il novero dei connotati specifici del diritto di recesso, funzionali ad assicurare al consumatore una tutela effettiva nei contratti porta a porta e a distanza.

Invero, la tutela del consumatore sarebbe considerevolmente ridimensionata, se al professionista fosse consentito, non già di subordinare l'esercizio del diritto a qualsivoglia penalità o presupposto giustificativo, bensì addirittura di escluderne *a*

---

<sup>30</sup> C. FERRARI, *op. cit.*, p. 6ss.

<sup>31</sup> Al riguardo vedi G. DE CRISTOFARO, *Sub art. 46 c.cons., op. cit.*, p. 428, il quale, con riferimento all'ambito di applicazione della disciplina sui contratti porta a porta, critica la scelta del Legislatore italiano di escludere genericamente i «contratti relativi a strumenti finanziari», posto che la direttiva 85/577/CEE si riferisce soltanto a quelli aventi ad oggetto «valori mobiliari».

<sup>32</sup> Cfr. C. FERRARI, *op. cit.*, p. 13; G. GRISI, *Lo Ius poenitendi cit.*, p. 169. Tuttavia, anche così procedendo, in relazione alle fattispecie «intermedie» residuerebbero pur sempre delle incertezze circa il trattamento da riservare alla dichiarazione di recesso del consumatore e, segnatamente, se considerare tale dichiarazione meramente inefficace oppure fonte di responsabilità risarcitoria. Al riguardo vedi M. FARNETI, *Sub art. 64 c.cons. cit.*, p. 501; M. ATELLI, *op. cit.*, p. 385. La soluzione che propende per la mera inefficacia dell'esercizio del diritto di recesso appare tuttavia preferibile per la semplice ragione che l'incertezza che domina in relazione a siffatte ipotesi non dovrebbe essere sciolta a danno del consumatore, obbligando cioè costui a risarcire l'eventuale pregiudizio patito dal professionista in ragione della mera comunicazione dell'esercizio dello *ius poenitendi*.

*priori* la stessa possibilità di esercizio inducendo il consumatore a rinunciare al diritto di recesso<sup>33</sup>.

Ciononostante – diversamente dalla gratuità e discrezionalità – l'irrinunciabilità non è una caratteristica del diritto di recesso positivizzata dal Legislatore nel contesto della specifica disciplina dettata agli artt. 64 ss., essendo essa piuttosto il risultato cui giunge la dottrina argomentando estensivamente dall'art. 143 co 1°, c.cons., ai cui sensi «i diritti attribuiti al consumatore dal codice sono irrinunciabili» ed «è nulla ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice».

In primo luogo, perchè la collocazione dell'art. 143 c.cons. tra le «disposizioni finali» della Parte VI del Codice del consumo, induce a ritenere che quello dell'irrinunciabilità sia un principio di ordine pubblico di portata autenticamente generale, principio in forza del quale, le prescrizioni di tutela minima dell'intero *corpus* normativo del Codice del consumo sono inderogabili dalle parti e i diritti che esse accordano irrinunciabili<sup>34</sup>.

In secondo luogo, perché la genericità del riferimento ai «diritti attribuiti al consumatore» induce a ritenere che l'irrinunciabilità non sia una caratteristica propria dei soli diritti fondamentali elencati all'art. 2 c.cons., bensì un connotato riferibile anche a quei diritti di cui il consumatore diviene titolare solo a seguito della conclusione di un contratto con il professionista e che, ciononostante,

---

<sup>33</sup> Così considerando 22, dir. 97/7/CE, ove espressamente si prevede il «rischio» che il professionista possa privare il consumatore della protezione accordata dalla direttiva, dovendosi ritenere per converso meramente esemplificativo il riferimento all'ipotesi in cui ciò avvenga «designando il diritto di un paese terzo come diritto applicabile al contratto». Per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali, v. F. ASTONE, *op. cit.*, p. 63; C. WENDEHORST, Sub § 312f BGB, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München 2007, Rn. 2, la quale osserva «*Da mit der Einhaltung der Schutzvorschriften ein gewisser Aufwand verbunden ist und insbes. das Widerrufs- oder Rückgaberecht des Verbrauchers einen nicht unerheblichen Kostenfaktor darstellt, kann für Unternehmer ein wirtschaftlicher Anreiz bestehen, die Anwendung aller oder einzelner Vorschriften der §§ 312 bis 312e zu umgehen. Solchen Versuchen soll durch ein Umgehungsverbot entgegengewirkt werden*».

<sup>34</sup> Così R. ROLLI, *Il «Codice» e i «Codici» nella moderna esperienza giuridica: cit.*, p. 1521, F. ASTONE, *op. cit.*, *ivi*. Cfr. G. CORSO, *Mutuo riconoscimento e norma applicabile*, in AA.VV., *La competizione tra ordinamenti giuridici, Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, a cura di Plaia, Milano, 2007, p. 127 ss. L'ampia portata precettiva dell'art. 143 c.cons. evidenzia però il problema relativo al coordinamento della norma con le altre disposizioni che già prevedono come irrinunciabili i diritti attribuiti al consumatore da discipline di settore; al riguardo v. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 995ss.

integrano il sistema di protezione del consumatore delineato dal Codice del consumo<sup>35</sup>.

Sicché alla luce della precisa funzione del diritto di recesso nel sistema di protezione del consumatore nelle vendite porta a porta e a distanza, pare opportuno ricondurre la facoltà di sciogliere unilateralmente il vincolo negoziale al novero dei diritti contemplati dall'art. 143 co. 1, c.cons.<sup>36</sup>

Conseguentemente – e nonostante il tenore letterale della disposizione – sono da considerarsi inammissibili non solo pattuizioni o accordi intercorsi tra le parti, ma più in generale qualsiasi tipo di clausola o atto unilaterale che abbia come effetto, quello di determinare in via diretta o indiretta l'estinzione *sic et simpliciter* della facoltà di sciogliere il contratto<sup>37</sup>.

Siffatti atti e accordi, in ragione del carattere imperativo della disposizione di cui all'art. 143 co. 1, 1<sup>a</sup> proposizione c.cons., sono da considerarsi nulli, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati compiuti durante la fase delle trattative (allorché cioè il contratto non sia stato ancora concluso e nessun diritto specifico di recesso sia sorto in capo al consumatore), ovvero siano successivi alla conclusione del contratto e all'eventuale esecuzione delle prestazioni: essi

---

<sup>35</sup> Dovendosi invece escludere, secondo la migliore dottrina, la possibilità di invocare l'applicazione dell'art. 143 anche qualora il consumatore possa vantare diritti in forza di disposizioni non contenute nel c.cons.: G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 996s., il quale osserva come il riferimento alle sole norme del Codice del consumo solleva comunque rilevanti problemi interpretativi, *in primis*, in merito all'opportunità di selezionare tra le disposizioni del codice del consumo che prevedono un qualsivoglia diritto, quelle che effettivamente attribuiscono ai consumatori posizioni giuridiche da considerarsi irrinunciabili.

<sup>36</sup> Tale interpretazione sembra altresì suffragata per un verso dalla considerazione della genesi storica dell'art. 143 c.cons., riproducendo questa norma i contenuti, pressoché inalterati, delle disposizioni originariamente contenute nell'art. 10 d.lgs. 50/92 e nell'art. 11 del d.lgs. 185/99 (al riguardo v. G. DE CRISTOFARO, *Sub art. 143 c.cons.*, in *Comm. De Cristofaro - Zaccaria*, Padova 2010, p. 995; Pret. Torino, 8 luglio, 1994, in *Giur. piemontese*, 1995, p. 107); per un altro essa è espressione della necessità di operare un'interpretazione del diritto interno conforme al diritto europeo, posto che l'art. 6 dir. 85/577/CEE e l'art. 12 dir. 97/7/CE, sanciscono il carattere imperativo delle disposizioni delle direttive, escludendo al contempo la possibilità che il consumatore possa rinunciare ai diritti a lui riconosciuti nei confronti della controparte che utilizza tecniche considerate aggressive per la stipula del contratto (sotto tale profilo v. H.W. MICKLITZ/M. SCHIRMBACHER, *Sub §312g BGB*, in SPINDLER-SCHUSTER, *Recht der elektronischen Medien*, München 2011, Rn. 2ss. secondo cui «*Die Anordnung zwingender Geltung vertragsrechtlicher Vorschriften folgt aus dem Verbraucherschutzcharakter der Vorschriften und ist gemeinschaftsrechtlich vorgegeben*»).

<sup>37</sup> v. P. BÜLOW/M. ARTZ, *Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB*, in *NJW*, 2000, p. 2052

determinano in ogni caso un abbassamento della tutela riconosciuta al consumatore dal Codice del consumo<sup>38</sup>.

#### **4. Critica: il principio di irrinunciabilità interpretato alla luce della *ratio* di tutela del consumatore nei contratti “porta a porta” e “a distanza”**

L'estensione della portata normativa dell'art. 143 c.cons. e l'affermata irrinunciabilità del diritto di recesso solleva rilevanti problemi interpretativi.

In particolare ci si chiede se l'irrinunciabilità debba essere intesa in termini di assoluta e generale inammissibilità di qualsiasi negozio avente ad oggetto i diritti che il Codice riserva al consumatore, oppure se, *ex adverso*, residuino i margini per operare un'interpretazione della norma di cui all'art. 143 c.cons., che consenta al consumatore non già di rinunciare, bensì di disporre del suo diritto di recesso, seppur entro certi limiti e in presenza di determinati presupposti.

A rigore, il tenore letterale dell'art. 143 co. 1, sembrerebbe senz'altro escludere la possibilità di distinguere tra «irrinunciabilità» e «indisponibilità», sicché entrambe le espressioni sarebbero indicative del medesimo divieto di concludere negozi o compiere atti (siano essi abdicativi o dispositivi) aventi ad oggetto il diritto di recesso<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Così A. BARBA, Sub art. 143 c.cons., in *Comm. Cuffaro-Barenghi-Barba*, Milano 2008, p. 727. Con la precisazione però che, qualora la rinuncia alla facoltà di recedere sia l'effetto di una clausola inserita nel contratto, la nullità di codesta clausola non determina la nullità dell'intero regolamento negoziale, dovendo farsi applicazione del principio della conservazione degli effetti giuridici del contratto ex art. 1419, co. 2, c.c. Così P.M. PUTTI, *op. ult. cit.*, p. 236; A. PRINCIGALLI, *La tutela del consumatore*, in JANNARELLI, *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, Napoli 1995, p. 105, che espressamente esclude l'applicabilità dell'art. 1419, co. 1., c.c., ai cui sensi la nullità si estende all'intero contratto, «se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità», poiché tale disposizione consentirebbe al professionista di caducare agevolmente l'intero contratto. Per la dottrina tedesca v. C. WENDEHORST, Sub § 312f BGB *cit.*, Rn. 13.

<sup>39</sup> Cfr. S. MONTICELLI, *L'indisponibilità dei diritti del consumatore nel Codice del consumo e la nullità dei patti*, in *Contr.*, 2007, p. 698s. ove si osserva che una siffatta conclusione «sembrerebbe trovare conferma nella Parte II del comma 1 dell'art. 143 laddove è prescritta la comminatoria di nullità di ogni pattuizione che si pone in contrasto con le disposizioni del codice e, dunque, giocoforza, con la disposta irrinunciabilità (indisponibilità) di cui alla Parte I del comma 1 dell'articolo»

Attenta dottrina ha però osservato come questa conclusione, sebbene conforme al dato letterale, comporterebbe – oltre ad un'eccessiva e ed irragionevole compressione dell'autonomia privata – una palese contraddizione del sistema normativo di protezione del consumatore delineato dal Codice del consumo<sup>40</sup>.

Una siffatta interpretazione dell'art. 143 c.cons. avrebbe infatti l'effetto di privare il consumatore della possibilità di accedere ai meccanismi di soluzione stragiudiziale delle controversie previsti dall'art. 141 c.cons.<sup>41</sup>.

Ragion per cui, se il ricorso giudiziale fosse l'unica possibilità per ottenere il riconoscimento dei propri diritti, è verosimile che – confrontati i tempi e soprattutto i costi di un ordinario processo di cognizione, rispetto al valore (generalmente contenuto) dei beni e servizi di consumo – si profilerebbe con ogni probabilità il rischio che il consumatore stesso decida di rinunciare del tutto all'esercizio dei propri diritti<sup>42</sup>.

Queste considerazioni di portata generale, vevoli cioè per qualsivoglia diritto sia attribuito al consumatore dal Codice del consumo, risultano altresì supportate se solo si considera l'applicazione concreta dell'art. 143 c.cons. al diritto di recesso nei contratti porta a porta o a distanza.

Invero, in quel contesto, l'irrinunciabilità del diritto di sciogliere il contratto ha la precisa funzione di garantire al contraente debole un periodo di tempo per riflettere con calma sulla portata economica-giuridica dell'operazione compiuta, periodo trascorso il quale, il diritto di recesso è destinato ad estinguersi. Ben può darsi però il caso in cui il consumatore, successivamente alla conclusione del contratto e prima della scadenza del termine per recedere, si riveli soddisfatto dell'acquisto compiuto e decida consapevolmente di non esercitare il diritto di recesso.

---

<sup>40</sup> In tal senso G. DE CRISTOFARO, *sub* Art. 143, *op.ult. cit.*, p. 997; S. MONTICELLI, *op. cit.*, *ivi*.

<sup>41</sup> S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino 2007, p. 163; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova 2007, p. 380ss.

<sup>42</sup> Analoghe conclusioni si hanno nell'ordinamento tedesco. Vedi al riguardo C. WENDEHORST, *op. cit.*, Rn. 10

In questa ipotesi il consumatore, decidendo di aspettare la scadenza del termine per recedere, compirà una scelta che – dal punto di vista sostanziale – corrisponde alla volontà che presiede al compimento di un atto abdicativo del suo diritto di recesso: egli formerà la volontà (pur non espressamente manifestata) di rimanere vincolato al contratto<sup>43</sup>.

Orbene, non sembrano sussistere ragioni concrete per consentire al consumatore di compiere siffatta scelta qualora sia soddisfatto dell'acquisto e non avanzi nessuna pretesa nei confronti del professionista e negare, viceversa, la possibilità di rinunciare al diritto di recesso, quando siffatta rinuncia potrebbe rappresentare uno strumento per accedere a meccanismi di composizione stragiudiziale della controversia con il professionista<sup>44</sup>.

Sicché, allo scopo di recuperare coerenza nel microsistema giuridico del Codice del consumo, dovrebbe affermarsi che lo scopo di tutela del consumatore che emerge dall'art. 143 c.cons. andrebbe circoscritto alla sola fase antecedente o contestuale alla stipulazione del negozio, e consisterebbe esso nell'esigenza di assicurare al consumatore, al momento della conclusione del contratto, la titolarità dei rimedi contemplati dal Codice del consumo e, segnatamente quello di recedere dal contratto, idonei a proteggerlo dai rischi insiti nella tecnica di negoziazione impiegata dal professionista<sup>45</sup>.

Una volta che il consumatore sia divenuto titolare di tale diritto, dovrebbe però esaurirsi l'esigenza di protezione e con essa attenuarsi anche la rigidità del regime dell'indisponibilità, posto che la finalità perseguita dal Legislatore non può

---

<sup>43</sup> Cfr. J. KLEINSCHMIDT, *Der Verzicht im Schuldrecht*, Tübingen 2004, p. 163, ove si afferma che il consumatore «*kann sich zwar noch bindend gegen die Geltung seiner Willenserklärung entscheiden, indem er den Widerruf erklärt. Es ist ihm aber nicht möglich, sich auf ebensolche Weise bindend für die Geltung seiner nur schwebend wirksamen Willenserklärung zu entscheiden – die bloße nicht Ausübung des Widerrufsrecht lässt dieses grundsätzlich nicht erlöschen*».

<sup>44</sup> Si pensi all'ipotesi in cui successivamente alla stipula del contratto, il consumatore contatti il professionista perché ritiene il prezzo pagato eccessivo rispetto alle qualità del bene acquistato. In questa ipotesi, la restituzione parziale del prezzo a fronte della rinuncia al diritto di recesso potrebbe rappresentare una soluzione conforme all'interesse del consumatore.

<sup>45</sup> Così S. MONTICELLI, *op. cit.*, p. 700. Cfr. A. BARBA, *op.cit.*, *ibidem*; G. ALPA, *Sei voci sul «codice del consumo» italiano*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006, p. 6

che sostanziarsi nel garantire sia l'effettiva attribuzione dei diritti al consumatore sia ancora il libero esercizio degli stessi<sup>46</sup>.

In ragione di ciò sembra allora sussistano indici sufficienti per forzare la lettera dell'art. 143 co. 1, 1<sup>a</sup> proposizione c.cons., e distinguere tra irrinunciabilità e indisponibilità dei diritti, al fine di affermare che, in presenza di determinati presupposti, il consumatore ha la possibilità di disporre del diritto di recesso.

Tale interpretazione è subordinata, in primo luogo, al momento in cui il consumatore decide di disporre del diritto di recesso, dovendosi categoricamente escludere la facoltà di compiere negozi aventi ad oggetto il recesso, allorché essa sia esercitata anteriormente alla stipulazione del contratto<sup>47</sup>.

In secondo luogo, la disponibilità dei diritti attribuiti al consumatore dovrebbe subordinata alla circostanza che il consumatore stesso sia stato correttamente informato dal professionista in relazione ai diritti che gli spettano *ex lege*, e dei quali consapevolmente dispone.

In terzo luogo e ultimo luogo, è altresì necessario che l'atto di disposizione del diritto da parte del consumatore non sia in alcun modo condizionato ovvero imposto dal professionista, ma sia la manifestazione di una volontà libera e autonoma.

Ricorrendo tali presupposti non sembrano paventarsi quei rischi che hanno indotto il Legislatore a qualificare come irrinunciabili i diritti che, come il diritto di recesso, costituiscono la tutela minima ed imprescindibile della negoziazione tra consumatore e professionista<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Così G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, *ibidem*; S. MONTICELLI, *op. cit.*, *ivi*, secondo cui «Con l'instaurazione del rapporto di consumo, attraverso la conclusione del relativo contratto, o, comunque, al momento in cui i diritti contemplati nel Codice del consumo maturano in capo al consumatore, si esaurisce l'ambito di operatività dell'art. 143 comma 1 del Codice del consumo e, di conseguenza, il consumatore diviene arbitro del proprio diritto e potrà, quindi, anche disporre».

<sup>47</sup> Così G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, *ivi*; H.W. MICKLITZ/M. SCHIRMBACHER, Sub § 312g BGB, *op. cit.*, Rn 7; G. RING, Sub § 312f BGB, in DAUNER-LIEB/LANGEN, *Anwaltskommentar zum BGB*, II, Bonn 2008, Rn. 5; I. SAENGER, Sub § 312f BGB, in *Erman, Kommentar zum BGB*, Münster 2011, Rn. 4; G. THÜSING, Sub § 312f BGB, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin 2011, Rn. 10.

<sup>48</sup> Così S. MONTICELLI, *op. cit.*, 697, GIROLAMI, *ivi*, 379; G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 998; Pret. Torino, 8 luglio, 1994, *cit.*, p. 107. Per il diritto tedesco v. C. WENDEHORST, *op. cit.*, Rn. 10ss. spec. 14, secondo la quale il principio di irrinunciabilità dello *ius poenitendi* trova applicazione anche nel caso di transazioni, determinando la nullità soltanto di quegli accordi che comportano un abbassamento dello *standard* di protezione garantito *ex lege* al consumatore. Circa

## 5. Problemi di qualificazione dello *ius poenitendi* del consumatore.

Le caratteristiche del diritto di recesso del consumatore consentono certamente di considerare tale diritto come un rimedio “speciale” nell’ambito delle vicende estintive di un rapporto negoziale disciplinate nel nostro ordinamento<sup>49</sup>.

Tuttavia, la vera peculiarità del diritto di recesso del consumatore emerge con maggiore evidenza dalla considerazione di ulteriori profili normativi<sup>50</sup>.

Al riguardo si rende opportuno compiere una premessa: secondo l’insegnamento classico<sup>51</sup>, le vicende estintive di un rapporto negoziale contemplate nel Codice civile possono essere distinte a seconda della loro incidenza sulla fonte genetica di un rapporto giuridico (l’atto)<sup>52</sup> o sul solo rapporto giuridico derivante dal compimento di un atto (gli effetti dell’atto)<sup>53</sup>.

A questa seconda categoria di rimedi è comunemente ricondotto il diritto di recesso contemplato dal Codice civile, in considerazione della circostanza che

i criteri per valutare la validità dell’atto, v. N. HÄRTING, *Sub §5 Fernabsatzgesetz, Kurzkomentar*, Köln 2000, Rn. 11ss.; A. FISCHER/J. MACHUNSKY, *Sub §5 HWiG, in Haustürwiderrufsgesetz, Kommentar*, Berlin 1995, Rn. 44; I. SAENGER, *Sub § 312f BGB, in Erman, Kommentar zum BGB, Münster* 2011, Rn. 3; G. THÜSING, *Sub § 312f BGB cit.*, Rn. 7.

<sup>49</sup> *Contra* v. però C. FERRARI, *op. cit.*, p. 10, secondo la quale tali caratteristiche isolatamente considerate, sarebbero comuni a numerose ipotesi di recesso contemplate nel Codice civile.

<sup>50</sup> Su tali profili, v. C. PILIA, *op. cit.*, p. 397; F. BOCCHINI, *op. cit.* p. 56ss.; D. VALENTINO, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza*, cit., p. 659ss.; M.C. CHERUBINI, *Tutela del contraente debole cit.*, p. 86; N. SCANNICCHIO, *Il perfezionamento del contratto nel diritto privato europeo*, in LIPARI, *Trattato di diritto privato europeo III*, Padova 2003, p. 165; F. ASTONE, *Il contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, cit., p. 54ss., e 66ss.

<sup>51</sup> Insegnamento che si fonda sulla configurabilità dell’atto quale «realità giuridica suscettibile di essere isolata dai suoi effetti». A.l riguardo v. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico*, Milano 1941 p. 21 ss, spec. p. 27ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1969, p. 318ss.; A. CATAUDELLA, voce «*Fattispecie*», in *Enc. dir.*, XVI, p. 927ss)

<sup>52</sup> Tali vicende hanno come logica conseguenza anche la rimozione degli effetti prodotti dall’atto, indipendentemente dalla circostanza che al rapporto sia stata data piena o parziale esecuzione. Per l’individuazione di ipotesi tipiche di vicende che incidono direttamente sull’atto v. M. ALLARA, *Fattispecie istintive cit.*, *ivi*.

<sup>53</sup> Tali vicende necessitano della sussistenza di un rapporto da rimuovere ed esauriscono conseguentemente la loro operatività, allorché tale rapporto sia stato correttamente e pienamente eseguito dalle parti. In favore di questa distinzione: V. SCALISI, voce «*Inefficacia*», in *Enc. dir.*, XXI, Milano 1971, p. 322; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, Torino 1960, p. 248ss.; M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino 1952, p. 24 s.; ID., *La teoria generale de contratto*, II, Torino 1955, p. 29s.; A. FALZEA, *op. cit.*, p. 53ss e 155ss.; SALV. ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova 1955, p. 11s.; Così G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano 1962, p. 270; T. TABELLINI, *op. cit.*, p. 6. *Contra* nel senso che sarebbe artificioso operare una simile distinzione: C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 733; M. TALAMANCA, *Osservazioni sulla struttura del negozio di revoca*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, p. 158ss.

nella generalità dei casi l'ordinamento non conferisce a tale rimedio efficacia retroattiva – ossia di eliminazione dell'atto –, bensì ne circoscrive l'operatività alla sola fase di esecuzione del contratto<sup>54</sup>.

Ne consegue che, una volta conclusa la fase dell'esecuzione del contratto mediante il corretto e completo adempimento delle obbligazioni gravanti in capo alle parti, il diritto di recesso non ha più modo di operare<sup>55</sup>.

È questa quindi la ragione che consente di distinguere l'istituto del recesso da quello della revoca: la differenza tra i due istituti non la si apprezza cioè sotto il profilo strutturale – risolvendosi sia la revoca che il recesso in un atto unilaterale a

---

<sup>54</sup> Ciò sembra confermato dalla circostanza che nei contratti ad esecuzione istantanea la facoltà di recedere sussiste fintantoché le parti non abbiano iniziato l'esecuzione della prestazione, essendo per contro sicuramente precluso l'esercizio del diritto di recesso allorché il contratto abbia avuto piena e corretta esecuzione. Così W. D'AVANZO, *op. cit.*, p. 1038, secondo cui «quando il contratto ha già prodotto un suo effetto, sia pure prodromico, a nessuna delle parti è data la facoltà di estinguerlo, tale potere spettando solo a quella stessa volontà che ebbe a dar vita al contratto, cioè al consenso». Analoghe conclusioni si hanno anche in relazione ai contratti ad esecuzione differita; tali sono quei contratti in cui intercorre un intervallo di tempo tra il momento della conclusione del contratto e quello della sua esecuzione; così A. DI MAJO, *Causa del contratto*, in AA.VV., *Ist. dir. priv.*, a cura di Bessone, Torino, 2005, p. 602; F. GALGANO, *op. cit.* p. 61.; ID., *Recesso unilaterale e principio di esecuzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, p. 116ss.; G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 297; N. SCANNICCHIO, *Il perfezionamento del contratto cit.*, p. 165. In giurisprudenza v. Cass. civ., sez. II, 26 aprile 1984, n. 2625; Cass. civ., sez. II, 28 ottobre 1982, n. 5641; Cass., civ., 25 gennaio 1992, n. 812, in *Giust. civ.*, I, p. 128ss, con nota di CORSO. Sulla distinzione tra contratti ad esecuzione istantanea e contratti di durata v. F. MESSINEO, voce «Contratto (*dir. priv.*)», in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 926ss; G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, p. 17ss.; F. GALGANO, *op. cit.*, p. 60ss; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale, art. 1173 – 1176*, in *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 86 s.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. di dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991, 162ss.

<sup>55</sup> Così M. ALLARA, *Le fattispecie estintive cit.*, p. 150s.; V. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, in CASTRONOVO-MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano 2007, p. 453s., spec. p. 465, secondo cui l'esercizio del diritto di recesso determina un'ipotesi di inefficacia successiva del negozio, ovvero sia di inefficacia non collegata a ragioni intrinseche alla fattispecie originaria, bensì al sopravvenire di fatti che provocano un'alterazione funzionale del negozio, rendendolo inidoneo a supportare gli effetti prodotti. Circa l'efficacia *ex nunc* del diritto di recesso v. D. CALLEGARI, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Torino 1939, p. 272; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XVI, Milano 1971, p. 1079 ove espressamente si afferma che il recesso «si caratterizza essenzialmente perché scoglie il rapporto non retroattivamente, ma con efficacia *ex nunc*». Sul punto v. anche F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 185; F. GALGANO, *op. cit.*, p. 62; M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 309; T. TABELLINI, *Il recesso*, cit., p. 9, considera essere del tutto eccezionale l'efficacia retroattiva attribuita al diritto di recesso dagli artt. 1537-1538. Parte della dottrina, tuttavia, pur riconoscendo che nella generalità delle fattispecie contemplate nel Codice civile il recesso non ha efficacia retroattiva, considera l'irretroattività un «effetto naturale», in quanto tale derogabile dalle parti (ai sensi dell'ult. comma dell'art. 1373 c.c.), ferma restando l'impossibilità di conferire al recesso «efficacia retroattiva reale»: così G. DE NOVA, voce *Recesso*, cit., p. 315, G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, cit. p. 91 s.; F. PADOVINI, *Il recesso*, ne *I Contratti in generale, Tratt. Rescigno-Gabrielli*, II, Torino 1999, p. 1248 s.

carattere recettizio – ma sul piano funzionale, posto che il diritto di recesso è diretto ad estinguere solo ed esclusivamente il rapporto giuridico senza scalfire il contratto, sul quale si fondano le prestazioni già eseguite, mentre la revoca è volta ad incidere direttamente sull'atto, eliminando al contempo la rilevanza giuridica degli effetti che su di esso si fondavano<sup>56</sup>.

Ciò premesso, è possibile inquadrare il problema relativo alla qualificazione del diritto di recesso del consumatore.

Al riguardo assume rilievo, in primo luogo, l'art. 64 co. 1° c.cons., ai cui sensi il diritto di recesso del consumatore si riferisce sia ai *contratti* sia alle *proposte contrattuali* a distanza ovvero fuori dai locali commerciali. Il dato legislativo sembra così configurare il diritto di recesso del consumatore come un rimedio ontologicamente complesso, atto a racchiudere in un'unica denominazione non solo il recesso in senso proprio, bensì anche la revoca, ovverosia due istituti che, nella sistematica del Codice civile, hanno una diversa incidenza sugli atti ai quali si riferiscono<sup>57</sup>.

In secondo luogo, viene in rilievo l'art. 66 c.cons., ai cui sensi l'esercizio del diritto di recesso per un verso libera le parti dalle rispettive obbligazioni derivanti dal contratto e non ancora adempiute (1<sup>a</sup> proposizione), e per un altro le obbliga alle restituzioni delle prestazioni già eseguite (2<sup>a</sup> proposizione): sicché

---

<sup>56</sup> Così C. TOMMASETTI, *I negozi risolutivi di secondo grado e i contratti ad effetti reali*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 156s.; D. RUBINO, *op. cit.*, *ivi.*; W. D'AVANZO, *op. cit.*, p. 1028ss.; G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, *cit.*, p. 123; F. GALGANO, *op. cit.* p. 63s.; OSTI, voce *Contratto*, in *Nov. Dig. it.*, 1959, p. 528; A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1998, p. 259s., ove si afferma che si distingue «la revoca, negozio successivo che toglie in primo luogo il negozio originario (lo ritira, lo cancella) e mediamente (per effetto del ritiro) determina l'eliminazione della situazione effettuale derivante dal negozio originario [...], dal recesso, negozio del pari successivo, che invece è diretto a sciogliere immediatamente il rapporto determinato dal contratto». *Contra*: C.M. BIANCA, *op. cit.*, 734s.: secondo cui «L'alternativa estinzione dell'atto estinzione del rapporto, sulla quale insiste la dottrina, si svuota largamente di contenuto se si tiene presente che la revoca estingue il negozio in quanto ne estingue l'efficacia giuridica».

<sup>57</sup> In tal senso M.C. CHERUBINI, *op. ult. cit.*, p. 94; C. PILIA, *op. cit.*, 145; D. VALENTINO, *op. ult. cit.*, p. 684, nt. 92; P. MANES, *Il diritto di pentimento nei contratti dei consumatori dalla legislazione francese alla normativa italiana di attuazione della direttiva 85/577*, in *Contr. impr./Europa*, 1997, p. 694; A. STOPPA., *Le vendite negoziate fuori dai locali commerciali*, in BIANCA, *La vendita e la permuta, Tratt. Vassalli*, Torino 1993, p. 180; F. REALMONTE, *La revoca della proposta e dell'accettazione*, in AA.VV., *Il contratto in generale, Tratt. Bessone*, XIII, 2, Torino, 2000, p. 138, ove si segnalano i profili che consentono di distinguere il diritto di revoca ex art. 1328 c.c. dal diritto di recesso del consumatore.

sembrerebbe doversi affermare che – contrariamente a quanto previsto nel Codice civile – il diritto di recesso del consumatore non incontra alcuna preclusione nella produzione di effetti retroattivi, ancorché le parti abbiano dato piena o parziale esecuzione al contratto<sup>58</sup>.

Sono questi, allora, due profili normativi dai quali emerge in modo evidente la diversità ontologica e disciplinare del recesso del consumatore rispetto agli ordinari mezzi di scioglimento del contratto<sup>59</sup>.

In ragione di ciò è maturata la convinzione tra gli interpreti che il diritto di recesso del consumatore sia da qualificarsi come uno *ius poenitendi*, ovvero sia un diritto eccezionale posto a tutela di uno dei contraenti ed idoneo ad incidere sull'atto piuttosto che sul rapporto giuridico instauratosi a seguito del compimento dell'atto<sup>60</sup>.

In altre parole, diversamente dal recesso codicistico, il diritto di recesso del consumatore è un rimedio che non si limita a sciogliere il vincolo tra le parti per il futuro (il rapporto), ma retroagisce nella sua funzione demolitrice sino ad eliminare il titolo (l'atto), sul quale si fondano le prestazioni eseguite dalle parti<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Il diritto di recesso non incide solo sugli effetti obbligatori, bensì anche sugli effetti reali del contratto: al riguardo v. M.C. CHERUBINI, *op. cit.* p. 98 ss.; FALCONIO, *Il recesso del consumatore*, in AA.VV. *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie cit.*, p. 390s.; L.V. MOSCARINI, *Diritto di recesso e contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in VETTORI, *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova 1999, p. 236s.; G. BELLANTUONO, *Gli effetti del recesso nella negoziazione fuori dei locali commerciali*, in *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, Napoli, 1995, p. 174ss; R. CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Tratt. Galgano*, XXXIV, Padova 2005, p. 252.

<sup>59</sup> Così D. FALCONIO, *op. cit.*, p. 371, secondo cui «uno dei campi dove maggiormente stride l'iniezione della linfa comunitaria con istituti tradizionali del nostro ordinamento è quello in materia di tutela del consumatore, con specifico riguardo al cosiddetto recesso del consumatore».

<sup>60</sup> In tal senso, C. PILIA, *op. cit.*, p. 325; M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali cit.*, p. 227s.; G. GRISI, *Lo ius poenitendi cit.*, p. 569; M.C. CHERUBINI, *Sul c.d. diritto di ripensamento cit.*, p. 710; ID., *Ius poenitendi*, in *Enc. giuridica*, Milano 2007, p. 408; A.M. MANCALEONI, *I contratti con i consumatori cit.*, p. 193 e spec. 198ss.; R. TOMMASINI, *Codice del consumo e ius poenitendi cit.*, p. 293 s.; A. PRINCIGALLI, *La tutela del consumatore cit.*, p. 105; S. CICOGNA, *Jus poenitendi come mezzo di tutela cit.*, p. 168 ss.; F. BOCCHINI, *op. cit.*, p. 58s.; FURGIUELE L., *Contratti a conclusione telematica*, in BOCCHINI, *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, I, Torino, 2003, p. 200s.; L.V. MOSCARINI, *Diritto di recesso cit.*, *ibidem*.

<sup>61</sup> Cfr. F. ASTONE, *op. cit.*, p. 62, secondo cui l'esercizio del diritto di recesso darebbe luogo ad una situazione «del tutto analoga (se non identica) a quella che segue all'accertamento della nullità del contratto». Così anche R. TOMMASINI, *op. cit.*, p. 290, ove si afferma che «il recesso non cancella solo soltanto l'esecuzione, ma travolge il contratto. Il contratto è considerato come se

## 6. *Segue. Il dibattito dottrinale sulla qualificazione dello ius poenitendi*

Posto che la denominazione «diritto di recesso» e il conseguente espresso richiamo ad un istituto ampiamente disciplinato dal Codice civile non è ritenuto sufficiente per operare una qualificazione dello *ius poenitendi* del consumatore, è stato compito della dottrina quello di chiarire la natura e la collocazione del rimedio all'interno della sistematica tradizionale del diritto civile, al fine di ricavarne criteri utili per integrare la scarna e, talvolta, poco chiara disciplina del Codice del consumo<sup>62</sup>.

Al riguardo sono state operate numerose ed importanti ricostruzioni dottrinarie, che possono essere ricondotte a due diverse e, per certi versi, antitetiche impostazioni<sup>63</sup>.

Presupposto comune di entrambe le impostazioni è ovviamente la necessità di operare una qualificazione dello *ius poenitendi*, che consenta di spiegarne sia la complessità ontologica insita nell'alternativa revoca-recesso, sia l'efficacia retroattiva quando esso accede a contratti interamente eseguiti dalle parti.

Secondo un primo indirizzo, atteso che lo *ius poenitendi* è stato predisposto dal Legislatore per tutelare il consenso del consumatore che conclude un contratto porta a porta o a distanza, esso si configurerebbe come una componente fondamentale del procedimento che conduce alla conclusione del contratto<sup>64</sup>.

---

non fosse mai stato concluso». R. SACCO, *Il contratto cit.*, p. 215, secondo cui lo *ius poenitendi* «opera retroattivamente, come una condizione retroattiva, o come un annullamento».

<sup>62</sup> Così E. GUERINONI, *op. cit.*, p. 276; F. RENDE, *Il recesso comunitario dopo l'ultima pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2009 p. 525ss.

<sup>63</sup> Da ultimo sembra ricevere adesione tra gli interpreti una bipartizione delle diverse teorie relative alla qualificazione dello *ius poenitendi* del consumatore, che distingue tra un'impostazione sostanziale, consistente nel ritenere che il diritto di recesso interviene su un contratto già concluso (M.C. CHERUBINI, *Tutela del contraente debole*, cit., p. 86; B. COLOSIMO, *op. cit.*, p. 530; N. SCANNICCHIO, *Il perfezionamento del contratto cit.*, p. 158; R. TOMMASINI, *op. cit.*, p. 292) e un'impostazione procedimentale, che riconnette il diritto di recesso al processo formativo della volontà del consumatore. Così G. BENEDETTI, *La formazione del contratto*, in CASTRONOVO-MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano 2007, p. 353ss; C. PILIA, *op. cit.*, p. 399; E. GABRIELLI - A. ORESTANO, voce «*Contratti del consumatore*», in *Dig. Disc. Priv.*, sezione civile, Aggiornamento, Torino, 2000, p. 246; F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005; R. SACCO, *Conclusioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 210s; ID., in *Il contratto cit.*, p. 494.

<sup>64</sup> La configurazione dello *ius poenitendi* come strumento di tutela del consenso del consumatore venne prospettata per la prima volta in relazione all'art. 18ter della legge 7 giugno 1974, n. 216, in ragione della circostanza che la norma disponeva la sospensione degli effetti del

Sviluppando questa impostazione è stato affermato che, per comprendere la natura dello *ius poenitendi* sarebbe necessario riconsiderare i tradizionali modi di conclusione del contratto ed «assecondare percorsi più complessi, meno lineari e comunque alternativi nella formazione ed identificazione del *consensus ad idem*»<sup>65</sup>. In questa prospettiva il raggiungimento dell'accordo tra consumatore e professionista sarebbe posticipato allo scadere del termine per recedere, mentre prima di tale momento – nonostante lo scambio di proposta e accettazione – il contratto non potrebbe considerarsi concluso: solo l'esercizio ovvero il non esercizio del diritto di recesso entro il termine previsto dal legislatore potrebbe condurre ad una manifestazione di volontà definitiva e compiuta del consumatore e vincolarlo così al contenuto del programma negoziale precedentemente individuato in una situazione porta a porta o a distanza<sup>66</sup>.

Secondo un altro indirizzo, invece, non è necessario mettere in crisi i principi generali dei contratti, consensualismo e obbligatorietà<sup>67</sup>, al fine di

---

contratto sino allo spirare del termine assegnato all'investitore per riflettere circa l'opportunità di recedere dal contratto. Al riguardo v. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale. cit.*, p. 72; V. ROPPO, *Vendita a domicilio di valori mobiliari: formazione del contratto e recesso dell'investitore*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 109; G. ALPA, *Ius poenitendi e acquisto di valori mobiliari*, in *Riv. soc.*, 1987, p. 1519. L'impostazione è stata successivamente ripresa dalla dottrina anche in relazione alle altre principali ipotesi di *ius poenitendi* di matrice comunitaria, sia pure con gli adattamenti resi necessari dai connotati che l'istituto ha progressivamente assunto: al riguardo v. C. PILIA, *op. cit.*, p. 418, secondo il quale, «in tutte le fattispecie che lo contemplano il diritto di recesso è sempre strettamente legato alla fase formativa del contratto».

<sup>65</sup> Così R. ALESSI, *Consensus ad idem cit.*, p. 120; *ID*, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio, Europa e dir. priv.*, 2000, p. 973ss.; *ID*, *Regole di responsabilità e contrattazione veloce*, Milano 2004, p. 1033 s.; C. PILIA, *op. cit.*, p. 129ss.; M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali*, *cit.*, p. 226 s.; G. VILLANACCI, *Manuale di diritto del consumo*, p. 238s; G. CHINÉ, *Il diritto comunitario dei contratti*, in *Il diritto privato dell'Unione europea, Tratt. Bessone*, Torino 2006, p. 790; A. GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 26, che ritiene la sequenza proposta e accettazione «non più esaustiva della formazione dell'impegno»; G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 353ss, secondo il quale, nei contratti conclusi dal consumatore si dovrebbe operare la distinzione tra consenso «interno» ed «esterno», poiché essa è funzionale a sottolineare come la dichiarazione iniziale del consumatore di voler concludere il contratto non corrisponde in realtà alla sua volontà negoziale interna, che è condizionata dall'effetto sorpresa o dalla distanza con la controparte contrattuale.

<sup>66</sup> Cfr. A.M. MANCALEONI, *I contratti con i consumatori cit.*, p. 162; S. CICOGNA *Jus poenitendi come mezzo di tutela cit.*, p. 174 ss.; ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti op. cit.*, p. 1263s., secondo il quale lo *ius poenitendi* darebbe luogo ad un'ipotesi di revoca della proposta contrattuale. In giurisprudenza vedi Pret. Trento, 28 aprile 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 1885ss., ove si afferma che il diritto di recesso del consumatore configura «più che un'ipotesi di recesso in senso tradizionale, una legittima facoltà di revoca della proposta contrattuale».

<sup>67</sup> Così A. STOPPA, *op. cit.*, p. 181s.; C. FERRARI, *op. cit.*, p. 12ss.; E. GUERINONI, *op. cit.*, p. 277s.; M.C. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 86ss.; B. COLOSIMO, *Sub art. 66-67 c.cons.*, in *Comm. Vettori*,

giustificare l'operatività dello *ius poenitendi*, posto che questo ben potrebbe essere ricondotto entro i confini e i limiti propri della disciplina delle vicende estintive dell'atto giuridico dettata dal Codice civile<sup>68</sup>.

Da questo punto di vista è stato operato un riferimento all'istituto della condizione, configurando il diritto di recesso non come un elemento necessario per concludere il processo di formazione dell'accordo, bensì come un elemento accidentale che, per volontà del legislatore, sarebbe apposto *ex lege* al contratto, al fine di dare rilevanza ad interessi esterni e divergenti rispetto a quelli tipici dell'atto, incidendo su di esso in funzione propedeutica alla sua efficacia (condizione sospensiva), ovvero eliminativa della rilevanza giuridica dell'atto stesso (condizione risolutiva)<sup>69</sup>.

---

Padova 2007, p. 530; N. SCANNICCHIO, *Il perfezionamento del contratto cit.*, p. 161; ID. *Consumatori e conclusione dei contratti a distanza tra ordinamenti nazionali, direttive comunitarie e diritto comparato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 41; D. FALCONIO, *op. cit.*, p. 390s., secondo cui «la tesi del contratto *in itinere*, oltre a presentare un eccesso di zelo nel tentativo di infrangere il modello legale di perfezionamento del contratto, non tiene adeguatamente conto del fatto che se il legislatore ha previsto un mezzo solutorio del vincolo è perché ha ritenuto il contratto già concluso». A sostegno di queste conclusioni vi è la considerazione che ove il Legislatore abbia voluto inserire il diritto di recesso nella sequenza procedimentale che porta alla conclusione del contratto, ha espressamente disposto la sospensione degli effetti del contratto in pendenza del termine per recedere: così nell'art. 30, co. 6° d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, (T.U. in materia di intermediazione finanziaria, in *Gazzetta Ufficiale*, 26 marzo 1998, n. 71) ovvero ancora nell'art. 67 *duodecies*, co. 4 c.cons.

<sup>68</sup> Anche in questo caso la proposta ricostruttiva origina dall'esegesi della disciplina della vendita fuori sede di valori mobiliari: al riguardo v. V. ROPPO, *Offerta al pubblico di valori mobiliari e tecniche civilistiche di protezione di risparmiatori investitori (in margine all'art. 12 l. 23 marzo 1983 n. 77)*, in *Giur. it.*, 1983, IV, p. 208; A. FUSARO, *La vendita a domicilio*, in ALPA – BESSONE, *I contratti in generale*, Torino, 1991, p. 459ss. Riconducono il recesso del consumatore al meccanismo della condizione: G.B. FERRI, *La vendita in generale.*, cit., p. 572; L. FURGIUELE, *Contratti a conclusione telematica cit.*, p. 205 s.; R. CATALANO, *Servizi di investimento e tutela dei risparmiatori*, in BOCCHINI, *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, I, Torino, 2003, p. 319; C.M. NANNA, *Contratti stipulati fuori dei locali commerciali e diritto di ripensamento: in margine a un caso di ambiguità in ordine alla qualità di consumatore*, *Rass. Dir. civ.*, 1998, p. 448.

<sup>69</sup> Così C. FERRARI, *op. cit.*, p. 22s., ove si afferma che l'interesse esterno coincide con «l'intento del [consumatore] di proteggersi dalle conseguenze di scelte non troppo meditate e di acquisti effettuati al buio». *Cfr.* anche L. FURGIUELE, *op. cit.*, p. 205, secondo cui «Se [...] si ritiene che il recesso può essere avvicinato ad una qualche figura del diritto civile, più opportunamente si ritiene che esso costituisca una *condicio iuris* risolutiva, meramente potestativa». Per la distinzione delle modalità operative delle due ipotesi di condizione, v. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto*, cit., p. 84 s.; A rigore, tuttavia, l'inquadramento del diritto di pentimento nello schema della condizione dovrebbe essere impedito dal disposto dell'art. 1355 c.c. che, secondo autorevole dottrina sancisce la nullità della condizione meramente potestativa, sia essa sospensiva che risolutiva. In tal senso, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit. p. 199; *cfr.* D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive cit.*, p. 173;

Passata al vaglio degli interpreti, anche questa impostazione ha rivelato delle contraddizioni di sistema, contraddizioni insite nella considerazione che, ove si qualifichi lo *ius poenitendi* come condizione sospensiva non si tiene adeguatamente conto del fatto che esso interviene su un rapporto spesso già integralmente eseguito dalle parti<sup>70</sup>; ove invece si qualifichi lo *ius poenitendi* come condizione risolutiva, si finisce col trascurare la circostanza che esso può riferirsi anche ad una mera proposta contrattuale<sup>71</sup>.

In entrambe le ipotesi, poi, la riconducibilità dello *ius poenitendi* alla disciplina dettata agli art. 1353ss. c.c. sarebbe preclusa dalla circostanza che l'istituto non presenta quel carattere dell'accidentalità, tipico e distintivo della condizione<sup>72</sup>.

Ragion per cui, considerata la varietà di opinioni espresse dalla dottrina circa la qualificazione dello *ius poenitendi* e la mancanza di un'impostazione unitaria, sembra opportuno ripercorrere i tratti essenziali del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi sul punto in Germania, ove si è giunti invece ad una qualificazione unitaria dello *ius poenitendi* del consumatore, probabilmente anche in ragione della maggiore rilevanza che a siffatto diritto è attribuita nell'ordinamento tedesco.

---

B. COLOSIMO, *op. cit.*, p. 530. Per completezza si segnala che inquadrando il diritto di pentimento come un'ipotesi di condizione potestativa semplice, in accordo con altrettanto autorevole dottrina, non si incorrerebbe nella nullità disposta dall'art. 1355 c.c., poiché tale norma sarebbe diretta a sanzione solo le condizioni meramente potestative. Al riguardo si rinvia alle riflessioni svolte da E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 534s.; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 1086; G. MIRABELLI, *op. cit.* p. 237.

<sup>70</sup> M. PITTALIS, *La clausola di ripensamento nell'autodisciplina delle vendite a domicilio*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 133

<sup>71</sup> A. JANNARELLI, *La tutela nella negoziazione fuori dai locali commerciali*, in ID, *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, Napoli 1995, p. 17. Per evitare siffatte critiche, una recente dottrina (C. FERRARI, *op. cit.* 14ss.) suggerisce di distinguere due tipologie di *ius poenitendi*: la prima si identificherebbe in una revoca o ritiro della proposta contrattuale del consumatore; la seconda sarebbe invece da ricondursi al meccanismo condizionale.

<sup>72</sup> Così V. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, in CASTRONOVO-MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano 2007, p. 492; F. RENDE, *Il recesso comunitario dopo l'ultima pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 238ss. FALCONIO, *op. cit.*, p. 398ss. A. JANNARELLI, *op. cit.*, p. 31ss.; S. CICOGNA, *Jus poenitendi come mezzo di tutela cit.*, p. 170; M.C. CHERUBINI, *Tutela del contraente debole cit.*, p. 90.

## SEZIONE II

La natura dello *ius poenitendi* nel diritto tedesco**1. Lo *ius poenitendi* nell'ordinamento tedesco: ragioni di un'indagine comparata**

Per comprendere la rilevanza dello *ius poenitendi* nell'ordinamento tedesco sarebbe sufficiente osservare la collocazione ad esso riservata nella sistematica del *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* dallo *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*<sup>73</sup>.

Invero, distinguendosi nettamente dalle scelte compiute in Italia, il Legislatore tedesco ha deciso di introdurre la disciplina di tutela del consumatore direttamente nel Codice civile, riformando e aggiornando i contenuti e la struttura dell'intero *corpus* normativo del diritto delle obbligazioni alle indicazioni e agli istituti del diritto europeo dei contratti<sup>74</sup>.

Questa scelta di per sé coraggiosa<sup>75</sup> – e per alcuni versi addirittura azzardata<sup>76</sup> – ha determinato la collocazione della disciplina dello *ius poenitendi* nei §§ 355 - 360 *BGB* – che compongono il sottotitolo rubricato «*Widerrufs- und*

<sup>73</sup> *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* del 26 novembre 2001, ed entrata in vigore il 1 gennaio 2002, in *Bundesgesetzblatt (BGBl)*, I 2001, p. 3137.

<sup>74</sup> Per una sintesi dei contenuti e obiettivi della riforma v. J. SCHMIDT-RÄNTSCH, *Reintegration der Verbraucherschutzgesetze durch den Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, in Schulze/Schulte-Nölke, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen 2001, p. 172 ss. Più diffusamente, si vedano anche H. DÖRNER, *L'integrazione delle leggi per la tutela del consumatore all'interno del BGB*, in *Contratto e impr./Europ.*, 2004, II, p. 887 ss.; S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano 2007, p. 110; G. CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 6.

<sup>75</sup> La scelta di introdurre la disciplina di tutela del consumatore nel *BGB* era stata avanzata dalla dottrina col dichiarato intento di consentire al consumatore di conoscere i suoi diritti e obblighi, consultando direttamente il *BGB* piuttosto che perdersi nella ridda delle leggi speciali. Così D. HENRICH, *Verbraucherschutz: Vertragsrecht im Wandel*, in *Festschrift für Medicus*, Köln - Berlin - Bonn - München, 1999, p. 199ss.

<sup>76</sup> L'introduzione della disciplina di tutela del consumatore all'interno del *BGB* comporta una costante attività di modifica del Codice civile tedesco agli "aggiornamenti" della legislazione comunitaria e alle pronunce della Corte di giustizia dell'UE. Al riguardo si veda D. HENRICH, *La libertà contrattuale e il consumatore*, in Diurni-Henrich, *Percorsi europei di diritto privato comparato*, Milano 2006, p. 211, ove si segnala che «le direttive comunitarie sono basate su principi generali, che nelle singole fattispecie si esprimono talvolta con regole molto dettagliate, che sovraccaricherebbero un codice civile». Per un commento alla recentissima *Gesetz zur Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen und über verbundene Verträge* del 27 luglio 2011 (in *BGBl*, I, 1600), si rinvia a C. WENDEHORST, *Dauerbaustelle Verbrauchervertrag: Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen*, in *NJW* 2011, p. 2551ss.

*Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen*» – ovverosia in una posizione centrale nella sistematica delle vicende estintive del rapporto obbligatorio<sup>77</sup>.

Prima ed immediata conseguenza di tale scelta è rappresentata dalla circostanza per cui la disciplina dettata ai §§ 355 ss. *BGB* non si applica soltanto ai contratti conclusi fuori dei locali commerciali o mediante tecniche di comunicazione a distanza, bensì in tutti i casi in cui specifiche disposizioni del *BGB* o di legge speciale attribuiscono al consumatore un *Widerrufsrecht*<sup>78</sup>.

Solo per queste ragioni, dunque, *id est* per l'originalità e la modernità della soluzione adottata dal Legislatore tedesco dal punto vista sistematico, lo studio dell'elaborazione e dell'introduzione dello *ius poenitendi* nel *BGB* dovrebbe rappresentare un esempio e un'opportunità per lo studio della disciplina dello *ius poenitendi* nel diritto italiano.

A queste considerazioni di carattere sistematico, tuttavia, occorre aggiungerne altre, che consentano – unitamente alle prime – di giustificare la rilevanza del riferimento all'ordinamento tedesco per la comprensione di un istituto destinato pur sempre ad essere applicato nel nostro ordinamento.

Preme allora evidenziare come lo *ius poenitendi* sia un istituto introdotto nelle legislazioni nazionali a seguito dell'attuazione delle direttive comunitarie di tutela del consumatore. Sicché, comune la matrice europea, comuni sono state anche le difficoltà circa la configurazione del rimedio tra le vicende estintive del rapporto giuridico. Anche in Germania, infatti, l'individuazione della natura giuridica dello *ius poenitendi* e della sua collocazione nella dogmatica del *BGB* ad

---

<sup>77</sup> Al riguardo v. G. DE CRISTOFARO, *Il «Codice del consumo»*, cit., p. 787, nota n. 107, ove puntualmente si sottolinea come la scelta sistematica del legislatore tedesco sia indice dell'intenzione di conferire alla disciplina del *Widerrufsrecht* un'ampia portata applicativa.

<sup>78</sup> Il *BGB* contempla un rinvio al § 355 in numerose disposizioni settoriali, in ragione sia delle particolari modalità di conclusione del contratto, sia ancora della specificità dell'oggetto del contratto stesso. Conseguentemente, la disciplina di cui ai §§ 355 ss. è richiamata non solo dai § 312 (*Haustürgeschäfte*) e 312d (*Fernabsatzverträge*), bensì anche dai §§ 485 (*Teilzeit-Wohnrechteverträge*), § 495 (*Verbraucherdarlehensverträge*) e altresì da disposizioni inserite in leggi speciali, come ad es. il § 4 *FernUSG* (*Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht* nella versione del 4 dicembre 2000, *BGBI.* I S. 1670) e il § 8 *VVG* (*Gesetz über den Versicherungsvertrag* del 23 novembre 2007, *BGBI.* I S. 2631, entrata in vigore il 1 gennaio 2008).

opera della *Schuldrechtsreform* è stata preceduta da un importante dibattito dottrinale e giurisprudenziale<sup>79</sup>.

In particolare, tra le varie ipotesi di *ius poenitendi* del consumatore, proprio la qualificazione di quello riferito ai contratti conclusi a distanza o fuori dei locali commerciali ha rappresentato uno dei temi più controversi e dibattuti nella dottrina e nella giurisprudenza tedesca prima della riforma del diritto delle obbligazioni<sup>80</sup>.

Sembra allora opportuno – se non doveroso – recuperare le linee essenziali di tale dibattito, al fine di comprendere le ragioni che hanno condotto alla qualificazione legislativa dello *ius poenitendi* in termini di *Widerrufsrecht* all'interno del *BGB*<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Ciò si comprende se solo si pensa alla costante aspirazione degli studiosi ed operatori del diritto a calare gli istituti di derivazione comunitaria nel contesto della sistematica della civilistica tradizionale e a formulare proposte rivolte al Legislatore al momento dell'attuazione delle direttive. Sia sufficiente qui segnalare che il procedimento di formazione di ogni nuova legge è documentato nei *Bundestag Drucksache* (<http://drucksachen.bundestag.de/>), una raccolta dei lavori preparatori all'atto normativo, ove è possibile reperire le motivazioni e le fonti (di dottrina e giurisprudenza) che ispirano le scelte del legislatore.

<sup>80</sup> Al riguardo v. D. HENRICH, *La libertà contrattuale e il consumatore*, in Diurni-Henrich, *Percorsi europei di diritto privato comparato*, Milano 2006, p. 205; M. MARTINEK, *Verbraucherschutz im Fernabsatz – Lesehilfe mit Merkpunkten zur neuen EU-Richtlinie*, NJW, 1998, p. 207, che esprimeva le difficoltà insite nell'attuazione della direttiva 97/7/CE parlando di «*das kalte Grausen*». Difficoltà accentuate ovviamente dall'ambiguità del lessico utilizzato dalle direttive, che nella versione italiana sono solite riferirsi indifferentemente al diritto di recesso/revoca o di rescindere il contratto, mentre in quella tedesca confermano lo scarso tecnicismo del Legislatore europeo richiamando talvolta il *Widerrufsrecht*, talaltra il *Rücktrittsrecht*. Così G. RING, Sub § 355 *BGB*, in Dauner-Lieb/Langen, *Anwaltskommentar zum BGB*, II, Bonn 2008, p. 1080; P. BÜLOW/M. ARTZ, *op. cit.*, p. 51, secondo cui al contrario l'utilizzo di termini che si riferiscono a più istituti tipici del diritto nazionale, dovrebbe essere vista come un'opportunità, consentendo una maggiore libertà nella scelta del rimedio che conduce allo scioglimento del contratto «*Die Begrifflichkeiten des europäischen Sekundärrechts, wo von „Rücktritt“ (Art. 5 Haustürgeschäfte-Richtlinie, Art. 5 Nr. 1 Time-Sharing-Richtlinie) und „Widerruf“ (Art. 6 Fernabsatzrichtlinie) die Rede ist, lassen den Mitgliedstaaten Freiheit in der Wahl des konstruktiven Modells, das die Loslösung vom Vertrag erlaubt, wenn nur das Richtlinienziel verwirklicht wird*». Più in generale circa il necessario adattamento della sistematica tradizionale ai nuovi istituti di derivazione comunitaria v. D. HENRICH, *Verbraucherschutz: Vertragsrecht im Wandel cit.*, p. 177.

<sup>81</sup> Sempre attuale essendo l'insegnamento di G. CIAN, *Il BGB e la civilistica italiana. Attualità e ragioni di un confronto*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 678s., ove si avvisa che lo studio del *BGB* è funzionale a comprendere «l'influsso che questo codice e tutta l'elaborazione e la costruzione dogmatica che vi sono sottese hanno [...]sul nostro pensiero civilistico».

## 2. Lo *ius poenitendi* nell'ordinamento tedesco prima della *Schuldrechtsreform*

### 2.1. Il *Widerrufsrecht* nello *Haustürwiderrufsgesetz* e la *Theorie der schwebenden Unwirksamkeit*.

Per comprendere le ragioni che hanno indotto il legislatore a qualificare lo *ius poenitendi* in termini di *Widerrufsrecht* è necessario considerare che, già prima dell'attuazione delle direttive comunitarie in materia di consumatori, l'ordinamento tedesco prevedeva numerose ipotesi di *Widerrufsrecht* come strumento di tutela di una delle parti del contratto.

In ragione della specificità dello scopo che esse perseguivano siffatte previsioni non trovavano però la loro collocazione nel *BGB*, ma costituivano oggetto della legislazione speciale. Era questo innanzitutto il caso dell'*Abzahlungsgesetz*<sup>82</sup>, il cui § 1b si riferiva al *Widerrufsrecht* come al rimedio predisposto per tutelare il compratore in un contratto con pagamento rateale contro il rischio di decisioni non sufficientemente ponderate in relazione alla rilevanza economica dell'affare<sup>83</sup>.

È chiaro come questa disposizione fosse volta a tutelare il contraente contro se stesso e non contro le insidie insite nelle tecniche aggressive impiegate dal professionista per la conclusione del contratto fuori dei locali commerciali<sup>84</sup>.

Ciononostante è proprio questa la disposizione che ha ispirato la formulazione dello *ius poenitendi* attribuito al consumatore dalla legge di attuazione della direttiva 85/577/CEE, il *Haustuerwiderrufsgesetz* (HWiG).

---

<sup>82</sup> La legge sui contratti con pagamento rateale (*Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte*, nella versione risultante a seguito del *Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes* del 15. Maggio 1974 [*BGBl.* I p. 1169], successivamente abrogata il 31 dicembre 1990, ad opera del *Verbraucher kreditgesetz* del 17 Dicembre 1990, in *BGBl.*, I, p. 2840.

<sup>83</sup> Così P. ULMER, Sub § 1b, *AbzG*, in *Münchener Kommentar*. München 1988, , Rn. 1, ove si afferma che «*das Widerrufsrecht soll die Vertragsentschließungsfreiheit des Teilzahlungskäufers mit Rücksicht auf die nicht leicht zu überblickenden finanziellen Verpflichtungen aus Teilzahlungsverträgen schützen und ihn vor einer übereilten Bindung an solche Geschäfte bewahren, deren finanzielle Tragweite ihm bei Vertragsschluß möglicherweise nicht genügend klar würde*».

<sup>84</sup> Invero, a seguito dell'approvazione del *Haustürwiderrufsgesetz* (HWiG), proprio la rilevata diversità di *ratio* tra *Widerrufsrechte*, ha indotto la dottrina a criticare il mantenimento della previsione del *Widerrufrecht* nel *Abzahlungsgesetz*. Più diffusamente: R. KNÜTEL, *Widerruf und Widerrufsbelehrung in 1b AbzG*, *AcP*, 1985, p. 309

Specularmene al § 1b *AbzG*, il § 2 *HWiG* ha infatti previsto che la dichiarazione negoziale resa dal cliente fuori dei locali commerciali, *wird erst wirksam, wenn der Kunde sie nicht binnen einer Frist von einer Woche schriftlich widerruft*<sup>85</sup>.

In tal modo l'obbiettivo di tutela del consumatore veniva perseguito disponendo l'efficacia della dichiarazione di volontà del consumatore (*rectius* del cliente) soltanto alla scadenza del termine legislativamente previsto per l'esercizio del *Widerrufsrecht*<sup>86</sup>.

La rilevanza di questa disposizione nel dibattito dottrinale è divenuta sempre maggiore con la progressiva diffusione delle tecniche aggressive di conclusione del contratto. Contestualmente al bisogno di protezione dei consumatori è infatti emersa la necessità di comprendere l'esatta natura giuridica del *Widerrufsrecht* e la sua incidenza sul rapporto giuridico instaurato dalle parti.

Su questi aspetti si è realizzata da subito una profonda diversità di opinioni in dottrina, a causa del convergere di due opposte tendenze: da un lato quella a preservare ed esaltare le caratteristiche e gli effetti dell'istituto voluti dal legislatore europeo, dall'altro quella a limare gli aspetti più esogeni alla civilistica tradizionale, in modo da calare il rimedio dello *ius poenitendi* tra le ordinarie vicende estintive di un rapporto obbligatorio.

Espressione della prima tendenza era l'indirizzo secondo il quale, la *ratio* di tutela del consumatore doveva indurre a considerare che, in forza del § 2 *HWiG*, il contratto non fosse stato ancora concluso durante la pendenza del termine per l'esercizio del *Widerrufsrecht*<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Nelle motivazioni al § 2 del progetto di legge della *HWiG* si afferma chiaramente che "*die vorgeschlagene Regelung ist eng an § 1 b AbzG angelehnt*", così *BT-Drucks* 10/2876, p. 12. Il tenore di questa disposizione è stato poi successivamente ripreso dal Legislatore per l'attuazione delle direttive 87/102/CEE e 94/47/CE, ai fini dell'attribuzione al consumatore di uno *ius poenitendi*, rispettivamente, nei contratti di credito al consumo (§7 *VerbrKG*), e nei contratti relativi al godimento a tempo parziale di un bene immobile (§ 5 *TzWG*).

<sup>86</sup> P. ULMER, § 1 *HausTWG*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München 1995, Rn. 6; PUTZO, Sub § 1 *HausTWG*, in *Palandt Kommentar*, München 1998, Rn. 12.; B. BOEMKE, *Das Widerrufsrecht im allgemeinen Verbraucherschutzrecht und seine Ausübung in der Zwangsvollstreckung*, *AcP*, 1997, p. 161ss.; H. KLAUSS - L. OSE, Sub § 1b *AbzG*, in *VerbraucherKreditgeschäfte*, Berlin 1998, Rn. 364.

<sup>87</sup> Così W. LÖWE, *Neurungen im Abzahlungsrecht – Zweites Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes*, *NJW*, 1974, p. 2259; N. REICH, *Abzahlungsrecht und Verbraucherschutz*, *JuristenZeitung*, 1975, p. 552. Si tratta di un'interpretazione originariamente formatasi con riferimento al § 1 *AbzG*, e poi ripresa ai fini dell'esegesi del §2 *HWiG*: HENRICHs, *op. cit.*, p. 186;

Tali conclusioni erano supportate dalla considerazione che la conclusione di un contratto presuppone lo scambio di reciproche dichiarazioni negoziali che debbono essere necessariamente efficaci, al fine di fondare il vincolo tra le parti<sup>88</sup>. Sicché, prevedendo l'inefficacia della dichiarazione sino alla scadenza del termine di esercizio del *Widerrufsrecht*, la disposizione di cui al § 2 *HWiG*, doveva indurre a ritenere che, prima di tale momento, la dichiarazione non fosse idonea a fondare la conclusione del contratto.

Espressione della seconda tendenza era invece l'indirizzo secondo il quale, la possibilità di esercitare il *Widerrufsrecht* non doveva considerarsi di ostacolo alla conclusione del contratto, bensì solo ed esclusivamente alla sua efficacia<sup>89</sup>.

Si affermava così la *schwebende Unwirksamkeit* del contratto, per suffragare l'idea che lo scambio delle dichiarazioni negoziali tra consumatore e professionista conduceva certamente alla conclusione di un contratto, contratto però che – benché concluso – era da considerarsi provvisoriamente inefficace per tutta la durata del termine legislativamente previsto per l'esercizio del *Widerrufsrecht*<sup>90</sup>.

La configurazione del *Widerrufsrecht* come una delle cause che determinano la *schwebende Unwirksamkeit* del negozio giuridico, veniva poi giustificata dalla dottrina mediante il riferimento al meccanismo condizionale descritto nel § 158 co. 1, *BGB*, ai cui sensi “*Wird ein Rechtsgeschäft unter einer*

J. GERNHUBER, *Verbraucherschutz durch Rechte zum Widerruf von Willenserklärungen – Eine rechtsdogmatische Studie*, in *WM*, 1998, p. 1797; H. OLLMANN, *Die schwebende Unwirksamkeit des Verbrauchercreditvertrages*, in *WM*, 1992, p. 2005ss.; W. HADDING, *Zur Rückabwicklung nach einem verbraucherschützenden Widerruf der Vertragserklärung*, in *Festschrift für Erich Brandner*, Köln 1996, p. 211, ove si afferma “*Nimmt man das Wortlaut ernst, so kann der Vertrag frühestens mit dem ungenutzten Ablauf der Widerrufsfrist zustande kommen. Zuvor fehlt offenbar ein Vertragsschluss*“. In giurisprudenza, v. BGH, Urteil vom 16-10-1995 - II ZR 298/94, in *NJW*, 1996, p. 57.

<sup>88</sup> Al riguardo v. HEINRICH, Sub *vor* § 104 *BGB*, in *Palandt Kommentar zum BGB*, München, 2007, Rn 2.

<sup>89</sup> Conseguentemente, l'inefficacia non doveva essere riferita alla dichiarazione negoziale del consumatore, bensì al contratto da questi concluso. Al riguardo v. K. LARENZ - M. WOLF, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 8. Aufl., München, 1997, p. 835ss.; P. ULMER, Sub § 7 *VerbrKrG*, in *Münchener Kommentar*, München 1995, Rn. 10; H.F. GAUL, *Die Ausübung privater Gestaltungsrechte nach rechtskräftigem Verfahrensabschluß – ein altes und beim „verbraucherschützenden“ Widerrufsrecht erneut aktuell gewordenes Thema*, in *Festschrift für Knobbe-Keuk*, Köln 1997, p. 157.

<sup>90</sup> Nonostante l'inefficacia del contratto, si riconoscevano però in capo ad entrambe le parti dei *Nebenpflichten* e *Gewährleistungsansprüche*: così H.F. GAUL, *op. cit.*, p. 156; R. KNÜTEL, *op. cit.*, p. 314.

*aufschiebenden Bedingung vorgenommen, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung ein*”.

L’operatività del *Widerrufsrecht* era cioè ricondotta a quella della *aufschiebende Bedingung*, ovvero alla *condicio iuris* sospensiva<sup>91</sup>.

In tal modo si riteneva fosse comunque assicurato al consumatore un elevato grado di protezione nei confronti delle tecniche aggressive impiegate dal professionista: essendo concluso ma inefficace, il contratto si rivelava per il professionista inidoneo a fondare qualsivoglia pretesa di pagamento o controprestazione nei confronti del consumatore in pendenza del termine per sciogliere il contratto<sup>92</sup>.

Né poteva valere la considerazione che in pendenza del termine di esercizio del *Widerrufsrecht* anche il consumatore fosse privato della possibilità di pretendere l’esecuzione del contratto<sup>93</sup>: la condizione di aspettativa era infatti voluta dal consumatore stesso e solo ed esclusivamente alla sua volontà era rimessa la scelta di farla cessare<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> S. LORENZ, *Schwebende Unwirksamkeit und Präklusion im Zwangsvollstreckungsrecht*, NJW, 1995, p. 2261; P. BÜLOW, Sub §7 *VerbrKrG*, in *Kommentar zum Verbraucherkreditgesetz*, Heidelberg 1993, Rn. 15; KLINGSPORN-REBMAN, §7 *VerbrKrG*, in *Erman Handkommentar zum BGB*, Münster 1993, Rn. 6; M. MARTINEK, Sub Art. 5 *Timesharing-RL*, in GRABITZ/HILF, *Das Recht der Europäischen Union*, München 2009, Rn. 159 secondo cui «Die vertragskonstitutive Willenserklärung des Verbraucher hängt in ihrer Wirksamkeit mithin von einer aufschiebenden Bedingung in Form einer Unterlassung, nämlich der Nichtausübung des rechtzeitigen Widerrufs, ab». Così anche BOEMKE, *Das Widerrufsrecht im allgemeinen Verbraucherschutzrecht und seine Ausübung in der Zwangsvollstreckung*, in *AcP*, 1997, p. 180; K. LARENZ, *op. cit.*, *ibidem*, che distingueva il *Widerrufsrecht* e l’*Anfechtung*, in base alla circostanza che il primo rientra tra le cause di sospensione degli effetti del contratto, mentre la seconda rappresenta un rimedio che incide su un negozio già produttivo di effetti.

<sup>92</sup> Così H. HENRICH, *op. cit.*, p. 187; P. BÜLOW, *op. cit.*, Rn. 14.; vedi anche M. MARTINEK,, *op. cit.*, *ibidem*, secondo cui il consumatore «hat das Schicksal des Vertrags in der Hand».

<sup>93</sup> H. HEINRICH, *op. cit.*, *ivi*; BGH, 30 settembre 1992, VIII ZR 196/91, NJW, 1993, p. 63 ss., spec. 68 ove espressamente si afferma che «aus einem schwebend unwirksamen Vertrag kann weder Erfüllung, noch Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden»

<sup>94</sup> Ergo il consumatore avrebbe potuto pretendere in ogni momento l’esecuzione della prestazione durante la pendenza del *Widerrufsrecht*. Tale pretesa, tuttavia, sarebbe stata subordinata ad una consapevole ed espressa manifestazione di volontà di rimanere definitivamente vincolato al contratto, ovvero alla volontà di rinunciare al *Widerrufsrecht*. Così R. KNÜTEL, *op. cit.*, p. 316; A. FUCHS, *Zur Disponibilität gesetzlicher Widerrufsrechte im Privatrecht – unter besonderer Berücksichtigung der Widerrufsrechte nach §§ 7 VerbrKrG, 168 S. 2 und 130 Abs. 1 S. 2 BGB*, *AcP*, 1996, p. 355; G. KRÄMER, *Der Verzicht auf das verbraucherschützende Widerrufsrecht und die Rückbeziehung der Vertraglichen Pflichten*, ZIP, 1997, p. 98.

## 2.2. Critica alla *Theorie der schwebenden Unwirksamkeit*

Nonostante la configurazione del *Widerrufsrecht* in termini di *condicio iuris* consentisse la collocazione del rimedio nella sistematica del *BGB*, tale interpretazione e, più in generale, il fondamento dogmatico del § 2 *HWiG* fu decisamente criticato da una parte considerevole della dottrina tedesca. Al di là delle enunciazioni di principio, l'applicazione concreta di siffatta disposizione determinava infatti una profonda difformità rispetto allo scopo di tutela del consumatore perseguito dal legislatore comunitario.

In particolare, a suscitare perplessità era proprio la circostanza che aderendo alla *Theorie der schwebenden Unwirksamkeit* sarebbe stato necessario riconoscere una situazione di aspettativa durante la pendenza del termine di esercizio del *Widerrufsrecht*, con impossibilità per il consumatore di agire nei confronti del professionista per l'esecuzione del contratto<sup>95</sup>.

In tal modo, infatti, si svuotava di contenuti la tutela del consumatore, poiché si consentiva al professionista di posticipare la *traditio* del bene alla scadenza del termine per l'esercizio del *Widerrufsrecht* e – così facendo – di privare in concreto il consumatore della possibilità di avere la disponibilità materiale del bene nel periodo di tempo a lui concesso per decidere se rimanere vincolato al contratto<sup>96</sup>.

Non convinceva dunque l'argomentazione secondo cui il consumatore avrebbe potuto rinunciare *sic et simpliciter* al proprio *Widerrufsrecht*, pretendendo l'esecuzione della prestazione.

---

<sup>95</sup> Il contratto, essendo inefficace, non poteva fungere da titolo per una pretesa all'adempimento dell'obbligazione, così: T. PFEIFFER - A. DAUCK, *BGH-Rechtsprechung aktuell: Verbraucherkredit-gesetz*, in *NJW* 1997, p. 33. Tutt'al più poteva riconoscersi in capo al consumatore un diritto di ritenzione (*Besitzrecht*) a fronte di un'esecuzione spontanea della prestazione da parte del professionista; al riguardo v. G. KRÄMER, *op. cit.*, p. 95; P. MANKOWSKI, *Schwebende Wirksamkeit unter § 361a BGB – Probleme, Reaktionsmöglichkeiten, Kritik und Korrektur, Wertpapier-Mitteilungen*, 2001, p. 799; T. KIEFER, *Gewährleistungsrechte ohne Vertrag? - Zu den Gewährleistungsansprüchen des nichtbelehrten Abzahlungskäufers*, *NJW*, 1989, p. 3120ss.

<sup>96</sup> Si tenga presente, infatti, che ai sensi del § 2, co. 1°, *HWiG* il termine per l'esercizio del *Widerrufsrecht* non decorre dal momento della consegna del bene, bensì da quello in cui il professionista ha assolto ai suoi obblighi di informazione: «*Der Lauf der Frist beginnt erst, wenn die andere Vertragspartei dem Kunden eine drucktechnisch deutlich gestaltete schriftliche Belehrung über sein Recht zum Widerruf einschließlich Namen und Anschrift des Widerrufsempfängers sowie einschließlich der Bestimmung des Satzes 1 ausgehändigt hat*».

Una siffatta interpretazione contraddiceva palesemente il disposto del § 5 co. 4, 1<sup>a</sup> proposizione *HWiG*, ai cui sensi «*Von den Vorschriften dieses Gesetzes zum Nachteil des Kunden abweichende Vereinbarungen sind unwirksam*».

Infatti, sebbene la norma fosse volta a sancire l'inefficacia degli «accordi» (*Vereinbarungen*) diretti a privare il consumatore della tutela a questi garantita dalla legge nei contratti conclusi fuori dei locali commerciali, si riteneva che la sua portata precettiva potesse e dovesse essere estesa sino a vietare anche gli atti unilaterali con i quali il consumatore rinuncia al *Widerrufsrecht*<sup>97</sup>.

Per rimediare a queste conseguenze una parte della dottrina aveva allora suggerito di operare un'interpretazione delle disposizioni della *HWiG* che conducesse ad una «*relative schwebende Unwirksamkeit des Vertrags*»<sup>98</sup>.

Seppur autorevolmente sostenuta, questa interpretazione non fu accolta; essa scontava il difetto di rivelarsi eccessivamente artificiosa e, in ogni caso, non supportata da sufficienti indici normativi<sup>99</sup>.

Posto allora che il tenore letterale della disposizione non offriva margini sufficienti per operare un'interpretazione conforme delle disposizioni dell'*Haustürwiderrufsgesetz* ai dettami della direttiva 85/577/CEE, si rendeva necessaria un intervento del legislatore<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> Così P. ULMER, Sub § 5 *HWiG*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München 1995, Rn. 16. Siffatta estensione si fondava, da un lato, sulla considerazione che il *Widerrufsrecht* rappresenta il principale strumento di protezione degli interessi del consumatore nei confronti del professionista, dall'altro, sulla necessità di dare piena attuazione all'art. 6 dir. 85/577/CEE, ove non si fa distinzione tra «*Vereinbarungen*» (accordi) e «*Einseitiges Rechtsgeschäft*» (atti unilaterali) di rinuncia, ma si stabilisce in via assolutamente generale ed astratta che: «*Der Verbraucher kann auf die ihm aufgrund dieser Richtlinie eingeräumten Rechte nicht verzichten*». Analogamente a quella tedesca, la versione italiana della direttiva afferma che «Il consumatore non può rinunciare ai diritti conferitigli a norma della presente direttiva».

<sup>98</sup> K. LARENZ - M. WOLF, *op. cit.*, § 44, Rn. 55. In tal modo, il contratto concluso dalle parti era da ritenersi inefficace soltanto per il professionista, al quale quindi sarebbe stata preclusa qualsiasi pretesa nei confronti del consumatore; viceversa, il consumatore avrebbe potuto pretendere fin da subito la prestazione, solo per lui valendo il contratto quale titolo per richiederne l'esecuzione.

<sup>99</sup> HEINRICHS, *op. cit.* p. 188, secondo cui «*eine solche Lösung ist mit dem deutschen Recht fremd und mit dem Grundsatz, dass bei gegenseitigen Verträgen zwischen den beiderseitigen Verpflichtungen ein genetisches und funktionelles Synallagma besteht, kaum zu vereinbaren*».

<sup>100</sup> È chiaro infatti che una *Richtlinienkonforme Auslegung* in tanto è possibile in quanto il tenore letterale di una disposizione non sia del tutto inconciliabile con il dettato di una direttiva. Al riguardo v. W. BRECHMANN, *Die richtlinienkonforme Auslegung – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der EG-Richtlinie*, München 1994, p. 259; N. REICH - U. RÖRIG, *Anmerkung zum Heining- Urteil des EuGH vom 13.12.2001*, in *EuZW*, 2002, p. 87; M. HABERSACK - C. MAYER,

In quest'ottica l'immanente attuazione della *Fernabsatzrichtlinie* sembrava rappresentare l'occasione per abrogare e sostituire la disciplina del *Widerrufsrecht* contenuta nell'*Haustürwiderrufsgesetz* con un'unica disciplina dello *ius poenitendi* del consumatore in tutte le ipotesi di tecniche aggressive di conclusione del contratto, ovverosia sia in ipotesi di contratti conclusi fuori dei locali commerciali sia in ipotesi di contratti a distanza.

La dottrina sosteneva però che una siffatta disciplina non doveva essere più oggetto di previsioni inserite in legge speciale, in ragione della sempre maggiore diffusione dei contratti del consumatore e del conseguente ricorso al *Widerrufsrecht* come strumento di scioglimento del contratto<sup>101</sup>.

### **3. L'abrogazione del § 2 HWiG e l'introduzione dello *ius poenitendi* del consumatore nel BGB**

Le critiche rivolte alla disciplina contenuta nell'*Haustürwiderrufsgesetz* si sono concretizzate anche e soprattutto al momento dell'attuazione nell'ordinamento tedesco della direttiva 97/7/CE sui contratti conclusi mediante tecniche di comunicazione a distanza.

Per comprendere la fondatezza di tali critiche deve ricordarsi che la vendita a distanza di beni o servizi rappresenta sicuramente un'opportunità per i professionisti, perché consente loro di risparmiare sui costi tipici dei locali commerciali (quali ad es. l'affitto dei magazzini o la retribuzione del personale addetto alle vendite) e di predisporre al contempo un sistema di distribuzione, tale da soddisfare più agevolmente e celermente la richiesta dei consumatori, ovunque essi si trovino.

Per converso, però, tale tecnica di conclusione del contratto non consente al consumatore di prendere visione dei beni ovvero di incontrare il professionista e

---

*Der Widerruf von Haustürgeschäften nach der „Heininger“-Entscheidung des EuGH, Wertpapier-Mitteilungen*, 2002, p. 256.

<sup>101</sup> Così D. HENRICH, *op. cit.*, p. 209, ove si osserva che «*der Bürger der das Bürgerliche Gesetzbuch zur Hand nimmt, muß darin auch einen Hinweis auf seine Rechte als Verbraucher finden. Das allgemeine Vertragsrecht hat sich gewandelt. Solange das BGB diese Wandlungen nicht erkennen läßt, ist es lückenhaft, wenn nicht sogar irreführend*». Per una sintesi delle possibili soluzioni prospettate al legislatore tedesco dalla dottrina, v. HEINRICH, *op. cit.*, p. 188.

valutarne l'affidabilità in relazione all'esecuzione della prestazione, se non dopo la conclusione del contratto; sicché è congenita alla contrattazione *inter absentes* l'alto rischio di una fornitura di un bene o di un servizio non conforme alle aspettative del consumatore.

La direttiva 97/7/CE è stata emanata proprio allo scopo di evitare il concretizzarsi di un siffatto rischio: il Legislatore europeo ha cioè imposto agli Stati membri di introdurre una legislazione che garantisca al consumatore di poter valutare da subito l'oggetto del contratto e, in caso di valutazione negativa, di sciogliere il rapporto negoziale mediante l'unilaterale esercizio dello *ius poenitendi*.

È allora apparso chiaro agli interpreti che, per conformare la legislazione tedesca alle prescrizioni contenute nella direttiva 97/7/CE, fosse necessario introdurre nell'ordinamento tedesco una disciplina dello *ius poenitendi* avulsa e, per certi versi, antitetica alla soluzione sperimentata con la legge sui contratti porta a porta<sup>102</sup>.

Ciononostante, per soddisfare la richiesta di tutela del consumatore avanzata dagli organi comunitari il Legislatore tedesco non ha elaborato un rimedio diverso dal *Widerrufsrecht*.

La scelta si spiega considerando che il *Widerrufsrecht* rappresentava un rimedio ormai largamente impiegato nella legislazione speciale come strumento di protezione di una delle parti del contratto; sicché all'unicità della denominazione dell'istituto in termini di *Widerrufsrecht* corrispondeva in realtà una varietà di disciplina circa la sua struttura e la sua incidenza sul contratto concluso dalle parti.

---

<sup>102</sup> Ad impedire il riferimento al meccanismo di tutela previsto dal § 2 *Haustürwiderrufsgesetz* vi era infatti la considerazione che tale norma disponeva la provvisoria inefficacia del negozio (*schwebende Unwirksamkeit*) in pendenza del termine di esercizio del *Widerrufsrecht*, con la conseguente impossibilità delle parti di chiedere l'adempimento delle prestazioni (*Ausschluß von Erfüllungsansprüchen*). Nell'ipotesi di *Fernabsatzvertrag* si rendeva semmai indispensabile introdurre una disciplina che consentisse al consumatore di pretendere immediatamente l'esecuzione del contratto in pendenza del termine di esercizio dello *ius poenitendi*. Si rendeva cioè indispensabile introdurre una chiara e netta deroga al principio del *pacta sunt serranda*. Così suggeriva HEINRICHS, *op. cit.*, p. 188ss.; D. HENRICH, *op. cit.*, p. 204, secondo il quale «*Der Satz pacta sunt servanda gilt nicht mehr unbedingt, sondern – bei bestimmten Verbraucherverträgen – erst nach dem Ablauf einer Überlegungsfrist*».

In particolare, al *Widerrufsrecht* si riferiva anche il *Fernunterrichtsgesetz* (*FernUG*), con il precipuo scopo di tutelare il contraente di un contratto d'insegnamento a distanza contro i pericoli e le insidie proprie della negoziazione *inter absentes*<sup>103</sup>, prevedendo nel § 4 *FernUG*, che «*Der Teilnehmer ist an die auf den Vertragsschluß gerichtete Willenserklärung nicht gebunden, wenn er sie dem Veranstalter gegenüber innerhalb von zwei Wochen nach Eingang der ersten Lieferung des schriftlichen oder audiovisuellen Fernlehrmaterials schriftlich widerruft*»<sup>104</sup>.

Diversamente dalla Legge sui contratti porta a porta il *Fernunterrichtsgesetz* non disponeva la provvisoria inefficacia del contratto in pendenza del *Widerrufsrecht*.

Il § 4 *FernUG* garantiva anzi una provvisoria efficacia del contratto, al fine di consentire al contraente di pretendere l'immediata fornitura del materiale didattico e di decidere, soltanto una volta iniziata l'esecuzione della prestazione dedotta in contratto, se rimanere o non vincolato al contratto.

Nel disposto del § 4 *FernUG*, il *Widerrufsrecht* veniva cioè a configurarsi come un rimedio idoneo a liberare il consumatore (*rectius Teilnehmer*) da un contratto pienamente valido ed efficace, eliminandone la dichiarazione negoziale emessa *inter absentes*<sup>105</sup>.

È questo allora il modello di *Widerrufsrecht* cui si è ispirato il Legislatore tedesco nella elaborazione della legge di attuazione della direttiva 97/7/CE<sup>106</sup> e –

---

<sup>103</sup> Al riguardo vedi: LG Ellwangen, 20 settembre 1989, 1 S 310/89 – 10; LG Oldenburg, 13 marzo 1985, 9 S 1126/84, in *Monatsschrift für deutsches Recht*, 1986, p. 143

<sup>104</sup> *Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht* del 24 agosto 1976, i (*BGBI. I S. 2525*), entrata in vigore il 1 gennaio 1977.

<sup>105</sup> La stessa forma di tutela veniva garantita all'assicurato in un contratto di assicurazione dal *Gesetz über den Versicherungsvertrag* del 30 maggio 1908, (in *RGBl* 1908, 263). Il § 8 co. 4°, 1a proposizione *VVG* di tale legge prevedeva infatti che «*Wird mit Ausnahme der Lebensversicherung ein Versicherungsverhältnis mit einer längeren Laufzeit als einem Jahr abgeschlossen, so kann der Versicherungsnehmer innerhalb einer Frist von vierzehn Tagen ab Unterzeichnung des Versicherungsantrages seine auf den Vertragsabschluß gerichtete Willenserklärung schriftlich widerrufen*». Questo paragrafo è stato più volte modificato fino alla sua completa abrogazione mediante il *Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts* del 23. Novembre 2007, in *BGBI. I p. 2631*.

<sup>106</sup> *Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro* del 27 giugno 2000, in *BGBI. I 2000 p. 873*, entrata in vigore il 1 ottobre 2000). Mediante tale legge sono state introdotte nel *BGB* due nuove disposizioni, i §§ 361a, 361b, dirette ad armonizzare parzialmente i *Widerrufsrecht* contemplati nel

successivamente – della *Schuldrechtsreform*, mediante le quali sono state progressivamente abrogate le disposizioni del *Haustürwiderrufsgesetz* e *Fernabsatzgesetz*, provvedendo alla definitiva introduzione della disciplina dello *ius poenitendi* di tutela del consumatore all'interno del *BGB*.

Varcando la soglia del *BGB* ai fini di un'organica disciplina dei contratti del consumatore, il Legislatore tedesco ha confermato la tecnica di protezione sperimentata mediante la legge sui contratti d'insegnamento a distanza: ai sensi del § 355 co. 1, 1<sup>a</sup> proposizione *BGB*, „Wird einem Verbraucher durch Gesetz ein *Widerrufsrecht* nach dieser Vorschrift eingeräumt, so ist er an seine auf den Abschluss des Vertrags gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden, wenn er sie fristgerecht widerrufen hat“.

Il riferimento al *Widerrufsrecht* si giustifica in questa disposizione solo ed esclusivamente in base alla sua origine storica e alla considerazione che, per mezzo di esso, si è inteso dare continuità ad un istituto predisposto per la protezione degli interessi economici di una delle parti del contratto<sup>107</sup>.

Una diversa qualificazione del rimedio avrebbe rischiato di creare confusione tra i consumatori, ormai abituati a discorrere di *Widerrufsrecht* nonché, e soprattutto, avrebbe rischiato di compromettere uno dei principali obiettivi della riforma del diritto delle obbligazioni del 2002: quello di conferire alla disciplina dettata nei §§ 355 ss. *BGB*, un'amplissima portata applicativa, tendenzialmente coincidente con tutte le ipotesi in cui una specifica disposizione del *BGB* o di legge speciale sia

---

corso degli anni per mezzo di leggi speciali. Tali disposizioni, tuttavia, non hanno determinato la totale abrogazione della *Haustürwiderrufsgesetz*. Per mezzo di esse il legislatore ha infatti realizzato un sistema normativo tale per cui la disciplina dei presupposti e delle condizioni per la conclusione dei contratti porta a porta o a distanza era contenuta in due leggi speciali – rispettivamente *l'Haustürwiderrufsgesetz* e il *Fernabsatzgesetz* – mentre la natura del *Widerrufsrecht*, il termine e la forma per il suo esercizio trovavano la loro disciplina all'interno del *BGB*. Per un'analisi delle novità apportate dalla legge: T. BRÖNNEKE, *Neue Maßstäbe im Verbraucherrecht: Das Fernabsatzgesetz*, in *Verbraucher und Recht* 2000, p. 117.

<sup>107</sup> Al riguardo sia sufficiente richiamare le argomentazioni della relazione introduttiva alla legge di attuazione della direttiva 97/7/CE (pubblicate in *BT-Drucks*, 14/2658, p. 40ss.), dalle quali emerge che la scelta di denominare lo *ius poenitendi* come *Widerrufsrecht* è dovuta alla considerazione che il meccanismo di protezione indicato nel § 4 *FernUG* garantiva un adeguato livello di protezione dei consumatori in tutte le ipotesi di impiego di tecniche aggressive per la conclusione del contratto.

diretta a tutelare gli interessi economici di una delle parti, attribuendole il diritto di sciogliere unilateralmente il vincolo negoziale<sup>108</sup>.

Invero, qualora il § 355 *BGB* non avesse definito lo *ius poenitendi* in termini di *Widerrufsrecht*, sarebbe stato doveroso riconoscere che il consumatore (*rectius* il contraente debole) avrebbe potuto esercitare il *Widerrufsrecht* nei contratti disciplinati mediante legge speciale (quali ad es. quelli contemplati dalla *FernUG*) e un diverso rimedio nei contratti contemplati dal *BGB*.

#### **4. La posizione della dottrina in merito alla qualificazione dello *ius poenitendi* nel *BGB* a seguito della *Schuldrechtreform***

##### **4.1 La differenza tra il *Widerrufsrecht ex § 355 BGB* e il *Widerrufsrecht ex § 130 BGB***

L'indagine svolta circa l'introduzione dello *ius poenitendi* nell'ordinamento tedesco dovrebbe indurre a ritenere che il tenore letterale della disposizione di cui al § 355 *BGB* e, segnatamente, il riferimento al *Widerrufsrecht*, trovi il proprio fondamento nella genesi storica della disciplina di tutela del consumatore dalle tecniche aggressive di conclusione del contratto.

Al contempo, sembrerebbe potersi escludere che il riferimento al *Widerrufsrecht* valga anche ad operare una qualificazione della natura giuridica dello *ius poenitendi* in una delle vicende estintive di un atto giuridico conosciute e disciplinate dal *BGB*.

È però innegabile che l'utilizzo del termine *Widerrufsrecht* determina – almeno dal punto di vista lessicale – il richiamo ad un istituto ampiamente disciplinato dal diritto tedesco, per indicare il generale potere di eliminare con efficacia *ex tunc* l'emissione di una precedente dichiarazione negoziale<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Al riguardo, v. le argomentazioni del *Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro*, cit., p. 41, ove espressamente si afferma che l'unificazione della disciplina del *Widerrufsrecht*, rappresenta una misura diretta ad assicurare la certezza del diritto.

<sup>109</sup> Così HADDING, *op. cit.*, p. 207ss., ove espressamente si afferma che «*Wer in rechtlichen Zusammenhängen von Widerruf spricht, meint eine Erklärung, durch die ein vorausgegangener rechtserheblicher Akt rückgängig gemacht werden soll*». H. BROX - W.D. WALKER, *Allgemeines*

In particolare, si riferisce al *Widerrufsrecht* il § 130 co. 1°, *BGB*, al fine di stabilire che una dichiarazione di volontà non produce effetti (*rectius* non vincola chi l'ha emessa), se anteriormente o contestualmente alla sua ricezione è stato esercitato il *Widerrufsrecht*<sup>110</sup>.

Orbene in quel contesto sembra chiaro che il *Widerrufsrecht* sia chiamato a svolgere una funzione del tutto analoga a quella cui è preordinato il potere di revoca previsto dall'art. 1328 c. c.<sup>111</sup>; ragion per cui, a rigore, il *Widerrufsrecht* di

---

*Schuldrecht*, München 2007, p. 154, secondo cui „Das BGB kennt eine Reihe von *Widerrufsrechten*, die sich teilweise wesentlich voneinander unterscheiden“. Vedi anche Bt-Drucks 14/2658 ove si afferma che «Im deutschen Recht selbst beschreibt der Begriff „Widerruf“ ebenfalls keinen eindeutigen konstruktiven Sachverhalt». Per un'analitica rassegna delle diverse ipotesi di *Widerrufsrecht* nell'ordinamento tedesco si rinvia a J. GERNHUBER, *Verbraucherschutz durch Rechte zum Widerruf von Willenserklärungen, Wertpapier-Mitteilungen*, 1998, p. 1797. Proprio il *nomen iuris* impiegato dal legislatore sembra essere alla base dell'interpretazione di C. FERRARI, *op. cit.*, p. 16, secondo la quale «La qualificazione del *jus se poenitendi* nei termini, generali ed unitari, di diritto di revocare la dichiarazione contrattuale emessa dal consumatore, in veste di proponente ovvero di accettante, risulta peraltro chiara e consapevole anche alla luce del vero e proprio «diritto di recesso» («rücktrittsrecht»), le cui conseguenze sono invece disciplinate dal § 349 BGB con riferimento alla vendita dei beni di consumo». Queste conclusioni sono tuttavia smentite dallo stesso Autore (S. LORENZ, *Die Lösung vom Vertrag, insbesondere Rücktritt und Widerruf*, in SCHULZE/SCHULTE-NÖLKE, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen 2001, p. 353), cui pure l'Autrice si riferisce per sostenerne la solidità. Corretta è invece la qualificazione del *Widerrufsrecht* operata da E. BARGELLI, «Sinallagma rovesciato» e ripetizione dell'indebitito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 89s, la quale discorre di «risoluzione (*Rücktritt*) e del recesso (*Widerruf*) dai contratti con i consumatori». Sulle ragioni di questa qualificazione vedi *infra*.

<sup>110</sup> Il testo del § 130 co. 1°, *BGB* stabilisce: «Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht. Sie wird nicht wirksam, wenn dem anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht». Alla efficacia (*Wirkung*) della dichiarazione si ricollega infatti la *Bindungswirkung*, ovvero sia l'impossibilità di ritirare la propria dichiarazione negoziale, salvo l'ipotesi in cui il dichiarante si sia espressamente riservato tale facoltà *ex* § 145 *BGB*. Per una lettura comparata dell'efficacia della dichiarazione di volontà nel *BGB* e nel Codice civile italiano v. H. COING, *Vorbemerkung zu §§ 145 ff. BGB*, Rn 30, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, 11. Aufl, Berlin 1957, p. 874. Altre ipotesi di *Widerruf* sono contemplate dal *BGB* sia nell'*allgemeiner Teil* nei § 109 (per chi abbia concluso in buona fede un contratto con un minore, in pendenza del termine per l'approvazione del negozio), nel § 178 (per chi abbia contratto con un *falsus procurator*, in pendenza del termine per la ratifica), sia ancora nella disciplina di singoli rapporti obbligatori, nel § 790 (delegazione), § 530 (donazione) e § 671 (mandato). Orbene in tutte queste ipotesi, il *Widerruf* costituisce oggetto di un'autonoma disciplina, separata da quella delineata i nei §§ 355ss. *BGB*. Così GAIER, *Sub vor § 346 BGB*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 4. Aufl, München 2003, Rn. 24

<sup>111</sup> La differenza la si apprezza semmai sotto il profilo disciplinare, posto che il § 130 *BGB* – diversamente dall'art. 1328 c.c. – si riferisce in ogni caso al principio della ricezione come principio regolatore dell'efficacia della revoca, sia nell'ipotesi in cui si tratti di revoca della proposta, sia ancora allorché si tratti di revoca dell'accettazione.

cui al § 130, co. 1° *BGB* non dovrebbe in alcun modo essere confuso con il *Widerrufsrecht* di tutela del consumatore previsto dal § 355 *BGB*<sup>112</sup>.

Queste conclusioni sono peraltro supportate dalla stessa dottrina tedesca, che ha più volte sottolineato la differenza corrente tra i due istituti accomunati dalla medesima denominazione: mentre il *Widerrufsrecht*/Revoca di cui al § 130 co. 1, *BGB*, è diretto a privare di efficacia una dichiarazione negoziale non ancora giunta (o contestualmente giunta) alla controparte contrattuale<sup>113</sup>, il *Widerrufsrecht*/*Ius poenitendi* di cui al § 355 *BGB* si riferisce ad una dichiarazione negoziale giunta alla controparte e idonea a fondare la conclusione di un contratto valido ed efficace<sup>114</sup>.

In altre parole – analogamente a quanto sottolineato dalla dottrina italiana in relazione al diritto di recesso attribuito al consumatore – è possibile affermare che anche in Germania la qualificazione dello *ius poenitendi* è avvenuta con riferimento ad un istituto, il *Widerrufsrecht*, già conosciuto e disciplinato dall'ordinamento tedesco e, ciononostante, non pienamente coincidente con la disciplina e le caratteristiche proprie dello *ius poenitendi*<sup>115</sup>.

Sicché, in concomitanza con la codificazione dello *ius poenitendi* nel *BGB*, si è posto il problema relativo alla corretta collocazione del *Widerrufsrecht* di tutela del consumatore tra le vicende estintive del rapporto obbligatorio.

---

<sup>112</sup> Osserva A. THOLE, *Das europäische Verbraucherschützende Widerrufsrecht in §§ 355, 357 BGB*, Baden-Baden 2004, p. 110: «Ginge man davon aus, dass der Widerruf vor Vertragsschluss nach § 355 Abs. 1 S. 1 einer im Sinne von § 130 Abs. 1 S. 2 BGB wäre, so hätte jener keine eigenständige Bedeutung».

<sup>113</sup> Posto che con la sua ricezione si realizza ex § 145 la *Bindungswirkung*, vedi *supra*.

<sup>114</sup> Così *ex plurimis*, C. MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, Tübingen 2005, p. 157; H.F. GAUL, *op. cit.*, p. 156, alla cui nota 114 si rinvia per esaurienti indicazioni bibliografiche. In giurisprudenza: BGH, 17 marzo 2004 - VIII ZR 265/03, in *NJW-RR* 2004, p. 1058; OLG Koblenz, *Urteil* vom 9. 1. 2006 - 12 U 740/04, *NJW*, 2006, p. 919.

<sup>115</sup> Invero, stabilendo che in caso di esercizio del *Widerrufsrecht* il consumatore *ist nicht mehr gebunden* alla propria dichiarazione negoziale, il legislatore ha utilizzato una formula atipica e sconosciuta alla dogmatica del *BGB*. Così *in verbis* A. THOLE, *op. cit.*, p. 109; K. KOPPFELS, *Das Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen im BGB – eine Untersuchung des § 355 Abs. 1 BGB - RegE, Wertpapier-Mitteilungen*, 2001, p. 1363.

## 4.2 La qualificazione del *Widerrufsrecht* in termini di “speciale” *Rücktrittsrecht*

Riconosciuta la natura di *Gestaltungsrecht* al *Widerrufsrecht*, ovverosia di diritto il cui esercizio determina l'estinzione del rapporto giuridico con efficacia costitutiva, diverse potrebbero essere le possibili ricostruzioni teoriche della natura giuridica di siffatto rimedio<sup>116</sup>.

Un'interpretazione condotta sulla base di criteri di carattere rigorosamente storico potrebbe indurre a ritenere che il *Widerrufsrecht* contemplato dal § 355 *BGB* sia un diritto riconducibile al meccanismo proprio della condizione risolutiva di cui al § 158 co. 2, *BGB* (*auflösende Bedingung*), essendo esso diretto ad incidere su un contratto già concluso, ma soltanto provvisoriamente efficace<sup>117</sup>. Una siffatta impostazione risulterebbe però troppo legata alla genesi dell'istituto, ovverosia alla qualificazione del *Widerrufsrecht* operata dalla dottrina in riferimento alla legislazione speciale anteriore alla *Schuldrechtsreform*<sup>118</sup>.

Ad alcuni è allora sembrato che il rimedio messo a disposizione del consumatore fosse più aderente all'*Anfechtungsrecht wegen Täuschung oder Drohung* ex § 123 *BGB*, ovverosia all'azione di annullamento per dolo o minaccia della controparte<sup>119</sup>.

In primo luogo, perché l'*Anfechtung* – analogamente alla *ratio* del *Widerrufsrecht* – è un istituto giuridico posto a presidio del processo di formazione

---

<sup>116</sup> Così A. THOLE, *op. cit.*, p. 111; K. KOPPFELS, *op. cit.*, p. 1362. Vedi però: BGH, *Urteil vom 26-09-1995 - XI ZR 199/94*, in *NJW* 1996, p. 56ss. pubblicata anche in *JZ* 1996, p. 575 con nota di GOTTWALD/HONBOLD, *JZ*, 1996, p. 578, ove si afferma che diversamente dall'*Anfechtung*, *Rücktritt- und Kündigungsrecht*, il *Widerrufsrecht* del consumatore non si configura come un *Gestaltungsrecht*, poiché non è diretto a costituire una nuova situazione giuridica, bensì ad impedire semplicemente una modifica del rapporto giuridico preesistente. Circa la definizione di *Gestaltungsrecht* v. H. BROX/ W.D. WALKER., *Allgemeiner Teil des BGB*, Köln-München 2007, Rn. 629.; K. LARENZ/ M. WOLF, *op. cit.*, § 13, Rn. 1ss.

<sup>117</sup> Vedi KÖHLER, *BGB Allgemeiner Teil*, §14, Rn. 22; P. CERTA, *Widerruf und schwebende Unwirksamkeit nach den Verbraucherschutzgesetzen*, Mannheim 2000, p. 120.

<sup>118</sup> Riguardo all'interpretazione che riconduceva il *Widerrufsrecht* di cui alla *FernUG* alla condizione risolutiva vedi: J. GERNHUBER, *op. cit.*, p. 1804; P. BÜLOW - M. ARTZ, *op. cit.*, p. 2051, nt. 20; P. CERTA, *op. cit.*, p. 119ss.; HEINRICHS, *Sub vor § 346 BGB*, in *Palandt Kommentar zum BGB*, München 2002, Rn. 10.

<sup>119</sup> Traccia questo parallelo A. THOLE, *op. cit.*, p. 114.

della volontà di una delle parti contro il condizionamento esercitato dalla controparte<sup>120</sup>.

In secondo luogo, perché anche l'*Anfechtung* si risolve in un diritto potestativo, che incide direttamente sulla *Willenserklärung* e non sul *Vertrag*, al fine di liberare una delle parti dalle obbligazioni nascenti dal contratto<sup>121</sup>.

Tuttavia anche in questo caso è risultato agevole sottolineare le differenze tra i due istituti e la conseguente impossibilità di operare una netta equiparazione del *Widerrufsrecht* ex § 355 *BGB* all'*Anfechtung*<sup>122</sup>.

Si è andata così diffondendo in dottrina l'idea per cui nonostante la diversa denominazione utilizzata dal legislatore, il *Widerrufsrecht* contemplato nel § 355 co. 1° *BGB* debba essere qualificato come una figura particolare di *gesetzliches Rücktrittsrecht*<sup>123</sup>, ovvero sia come un diritto potestativo il cui esercizio entro i termini e nell'osservanza delle forme previste dalla legge determina lo scioglimento del contratto<sup>124</sup>.

<sup>120</sup> Così K. KOPPFELS, *op. cit.*, p. 1365

<sup>121</sup> Al riguardo vedi S. LORENZ, *Im BGB viel Neues: Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie*, *JuS*, 2000, p. 838; K. KOPPFELS, *op. cit.*, *ivi*; A. THOLE, *op. cit.*, 114, ove si sottolinea altresì come sia l'*Anfechtung* che il *Widerrufsrecht* liberano il contraente da un contratto provvisoriamente efficace.

<sup>122</sup> Sia qui sufficiente osservare che tali differenze si segnalano sotto il profilo dei presupposti e delle conseguenze dell'*Anfechtung*. In relazione ai presupposti, l'azione ex § 123 *BGB*, richiede sempre un motivo specifico di impugnazione, mentre caratteristica propria e peculiare del *Widerrufsrecht* è la sua assoluta discrezionalità. In relazione alle conseguenze, invece, l'esercizio dell'*Anfechtung* determina anche un correlativo *Schadensersatzpflicht* ex § 122 *BGB*. Su tali aspetti e per le ulteriori differenze si rinvia a D. MEDICUS, *Die Lösung vom unerwünschten Schuldvertrag*, in *JuS* 1988, p. 3; S. LORENZ, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag. Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlußkontrolle im geltenden Recht*, München 1997, p. 51; K. LARENZ/ M. WOLF, *op. cit.*, §18, Rn. 52; K. KOPPFELS, *op. cit.*, p. 1365.

<sup>123</sup> Già in fase di elaborazione della *Schuldrechtreform* alcuni osservavano come la configurazione dello *ius poenitendi* del consumatore in termini di *Rücktrittsrecht*, fosse in qualche modo suggerita dal linguaggio dello stesso legislatore comunitario, che ad es. nell'art. 5 dir. 85/577/CEE espressamente si riferisce al diritto del consumatore «*von der eingegangenen Verpflichtung zurückzutreten*», e liberarsi così «*aus allen aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenden Verpflichtungen*». Così O. JAUERNIG, *Vorbemerkung zu § 145 BGB*, in *Kommentar zum BGB*, 8. Aufl., München 1997. *Contra* BOEMKE, *op. cit.*, p. 174, ove si critica un'interpretazione basata sul tenore letterale delle direttive, in ragione della circostanza che le direttive stesse obbligano solo in relazione al risultato da raggiungere, lasciando piena autonomia ai Legislatori nazionali in ordine agli istituti da utilizzare per il raggiungimento di quei risultati. Prova ne è la profonda diversità di disciplina dello *ius poenitendi* nelle legislazioni nazionali degli Stati membri.

<sup>124</sup> Qualificano il *Widerrufsrecht* come *ein besonderes gesetzliches Rücktrittsrecht*: D. HENRICH, *La libertà contrattuale*, cit. p. 208; D. KAISER, *Sub §355 BGB*, in *Staudinger*

Analogamente al *Widerrufsrecht* anche il *Rücktrittsrecht* presuppone la conclusione di un contratto e l'insorgenza di obblighi di esecuzione in capo ad entrambe le parti, obblighi che, tuttavia, non sono definitivi, poiché essi dipendono dall'esercizio del rimedio ad opera di una delle parti<sup>125</sup>.

Sicché i maggiori indici per la riconduzione dello *ius poenitendi* del consumatore alla figura del *Rücktrittsrecht* risiedono nella disciplina degli effetti del *Widerrufsrecht* dettata nel § 357 *BGB*.

È vero infatti che il § 357 *BGB* contiene una serie di disposizioni diretta espressione della necessità di garantire al consumatore una particolare forma di tutela, ma è altresì vero che nel suo co. 1°, la norma rinvia *sic et simpliciter* alla disciplina del *Rücktrittsrecht*, contenuta nei §§ 346 *BGB*, al fine di determinare la misura e le modalità di adempimento delle obbligazioni restitutorie gravanti in capo alle parti a seguito dell'esercizio del *Widerrufsrecht*.

In forza del rinvio alla disciplina del *Rücktrittsrecht* entrambi gli istituti determinano, per un verso, la liberazione delle parti dall'obbligo di eseguire le prestazioni oggetto del contratto e non ancora eseguite (*Erfüllungsansprüche*) e per un altro coinvolgono le parti in un *Rückabwicklungsverhältnis*, ovvero in un rapporto caratterizzato dall'insorgenza in capo a entrambi i contraenti di

---

*Kommentar zum BGB*, Berlin 2012, Rn. 22ss.; H.W. MICKLITZ - M. SCHIRMBACHER, Sub §312d *BGB*, in Spindler-Schuster, *Recht der elektronischen Medien*, München 2011, Rn. 3; P. BÜLOW/M. ARTZ, *op. cit.*, p. 2052; A. FUCHS, *Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrechts*, ZIP, 2000, p. 1281; HEINRICHS, Sub vor § 346, *BGB*, in Palandt *BGB*, München 2002, Rn. 9; J. BÜBER, *Das Widerrufsrecht des Verbrauchers: das verbraucherschützende Vertragslösungsrecht im europäischen Vertragsrecht*, Frankfurt am Main, 2001 p. 229; P. CERTA, *op. cit.*, p. 115. Vedi anche W. HADDING, *op. cit.*, p. 211, secondo cui „Mit dem Zugang der Willenserklärung erlöschen die beiderseitigen primären Hauptleistungspflichten, soweit sie noch nicht erfüllt worden sind. Das durch den Vertrag begründete Schuldverhältnis i.w.S. wird also inhaltlich umgestaltet und bildet nunmehr den Rahmen für die Rückabwicklung, insbesondere die Rückgewahr etwa schon erbrachter Leistungen“. In giurisprudenza v. BGH, *Urt.* v. 13. 4. 2011 – VIII ZR 220/10, in NJW 2011, p. 2278 Rn. 28; OLG Koblenz, *Urteil* vom 9. 1. 2006 - 12 U 740/04, in NJW 2006, p. 919ss. Circa la definizione di *Rücktrittsrecht*, v. H. BROX/ W.D. WALKER, *op. cit.*, p. 153. La configurazione del *Widerrufsrecht* come “speciale” *Rücktrittsrecht* si spiega in ragione della differenza di presupposti tra i due istituti, posto che, mentre per il primo la legge richiede la presenza di particolari condizioni al momento della conclusione del contratto, per il secondo è necessario che la prestazione di una delle parti non sia stata esattamente adempiuta.

<sup>125</sup> Comune è dunque l'affermazione per cui entrambi i rimedi determinano una situazione di instabilità della vicenda negoziale per tutta la durata del termine previsto dal legislatore per il suo esercizio. V. per tutti C. MELLER-HANNICH, *op. cit.*, p. 158, secondo la quale anche il *Widerrufsrecht* determina un «Eingriff in den Grundsatz *Pacta sunt servanda*».

obbligazioni secondarie, consistenti nell'obbligo di provvedere ai rimborsi e alle restituzioni delle prestazioni già eseguite, in misura tale da realizzare un ripristino dello *status quo ante* la stipulazione del contratto<sup>126</sup>.

## 5. Osservazioni conclusive

Delineata nelle sue linee essenziali la *Rechtsfortbildung* relativa alla qualificazione dello *ius poenitendi* nel diritto tedesco<sup>127</sup>, sembra opportuno tracciare le prime e approssimative valutazioni in merito alla qualificazione dello *ius poenitendi* nel diritto italiano.

Al riguardo si può rilevare come in entrambi gli ordinamenti il *nomen iuris* impiegato dal Legislatore non è da considerarsi vincolante ai fini della qualificazione dell'istituto e della individuazione della disciplina ad esso applicabile.

Al contempo, però, il riferimento all'ordinamento tedesco vale a rivelare la possibilità di una qualificazione unitaria dello *ius poenitendi* e di un'armonizzazione tra la disciplina dello strumento di protezione degli interessi del consumatore e quella dei tradizionali strumenti di scioglimento del rapporto negoziale.

La soluzione adottata del Legislatore tedesco quindi non si segnala solo per la coerenza sotto il profilo sistematico, bensì anche e soprattutto perché ha determinato l'individuazione di una disciplina compiuta ed esaustiva degli effetti dello *ius poenitendi* del consumatore.

Per converso le numerose interpretazioni fornite dalla dottrina italiana circa la configurabilità dello *ius poenitendi* nella dogmatica e sistematica del Codice civile, seppur autorevolmente e solidamente sostenute, sembrano scontare pur sempre una

---

<sup>126</sup> S. LORENZ, *Der Schutz vom unerwünschter Vertrag cit.*, p. 63.

<sup>127</sup> Sulla nozione di *Rechtsfortbildung* v. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin 1991, p. 367ss.; S. PÖTTERS/ R. CHRISTENSEN, *Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung und Wortlautgrenze*, in *JuristenZeitung*, 2011, p. 387ss.

rilevante dose di incertezza e contraddizione con quelle stesse categorie alle quali si aspira a ricondurre lo strumento di tutela del consumatore<sup>128</sup>.

La ragione di ciò è da rinvenirsi probabilmente nello sforzo di operare una qualificazione unitaria del rimedio, partendo dalla considerazione pressoché esclusiva e scontata che esso produce effetti retroattivi<sup>129</sup>, senza valorizzare l'oggetto del contratto e, segnatamente, la circostanza che il diritto di recesso è predisposto per tutelare gli interessi dei consumatori, sia quando essi stipulano contratti aventi ad oggetto beni, sia ancora quando essi concludono contratti aventi ad oggetto una prestazione di servizi.

Questo rilievo è di preminente importanza, poiché consente di inquadrare meglio il problema degli effetti del recesso, ossia del punto focale di qualsiasi interpretazione sia stata avanzata circa la natura dello *ius poenitendi*.

Al riguardo è da notare che il Codice del consumo riconosce efficacia retroattiva allo *ius poenitendi* solo ed esclusivamente quando esso attiene ad un contratto avente ad oggetto beni; in relazione a tali contratti si pongono dunque delicati problemi di coordinamento con le disposizioni del Codice civile, *in primis* in relazione alla compatibilità del diritto di recesso con il principio del consenso traslativo e il passaggio del rischio per il perimento della *res alienata*<sup>130</sup>.

Tali problemi, tuttavia, non si pongono in relazione ai contratti aventi ad oggetto una prestazione di servizi, posto che, per siffatti contratti, il Codice del consumo detta una disciplina antitetica rispetto a quella propria dei contratti aventi ad oggetto beni, escludendo categoricamente l'efficacia retroattiva del diritto di recesso.

In particolare, per quanto concerne i *contratti porta a porta*, vale il dettato dell'art. 48 c.cons., ai cui sensi «Per i contratti riguardanti la prestazione di servizi, il diritto di recesso non può essere esercitato nei confronti delle prestazioni che

<sup>128</sup> Così M. FARNETI, *Sub art. 64 c.cons.*, cit. p. 508.

<sup>129</sup> Cfr. D. FALCONIO, *op. cit.*, p. 393; F. RENDE, *op. cit.*, p. 533.

<sup>130</sup> Su tali problemi v. A. JANNARELLI, *op. cit.*, p. 43; S. TROIANO, *Sub Art. 129, 3° co. c.cons.*, in BIANCA, *La vendita di beni di consumo*, Padova, 2006, p. 129 ss.; F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2004, p. 68

siano state già eseguite»<sup>131</sup>. La disposizione – nonostante l’infelice formulazione lascerebbe intendere che, nei contratti per la prestazione di servizi, il diritto di recesso è addirittura escluso – è stata interpretata dalla dottrina nel senso di riconoscere allo *ius poenitendi* una mera efficacia *ex nunc*.

Per i *contratti a distanza*, invece, la regola dettata dal Codice del consumo è ancora più perentoria: ai sensi dell’art. 55, co. 2°, lett. a), c.cons. il consumatore non può esercitare il diritto di recesso, qualora l’esecuzione del servizio «sia iniziata, con l'accordo del consumatore, prima della scadenza del termine previsto dall'articolo 64, comma 1», ovvero sia durante la pendenza del termine per recedere.<sup>132</sup>

In altre parole, nei contratti a distanza aventi ad oggetto una prestazione di servizi, diversamente dai contratti aventi ad oggetto beni, l’esecuzione della prestazione da parte del professionista non rileva ai fini della determinazione del *dies a quo* di esercizio del diritto di recesso, bensì rileva *ex adverso* come momento a partire dal quale il recesso stesso si estingue.

Orbene, se si considera l’importanza attribuita dal Legislatore allo *ius poenitendi* per tutelare i consumatori che concludono contratti porta a porta o a distanza, appare chiaro lo *iato* tra la posizione del consumatore nel caso in cui acquisti beni, e quella in cui egli stesso richieda l’esecuzione di una prestazione di servizi.

Differenza che non si fonda su una mutata condizione delle parti (che sono pur sempre consumatore e professionista) ovvero su una diversa modalità di conclusione del contratto (che è pur sempre *inter absentes* o *extra moenia*), bensì trova la sua giustificazione solo ed esclusivamente in ragione di una diversa

---

<sup>131</sup> Per il diritto tedesco, vale invece la regola dettata al § 346, Abs. 2, Nr. 1, *BGB*, in base alla quale, tutte le volte in cui il contratto ha ad oggetto una prestazione irripetibile, «*hat der Schuldner Wertersatz zu leisten*».

<sup>132</sup> Distingendosi nettamente da tale scelta, il diritto tedesco dispone l’estinzione del diritto di recesso solo nelle specifiche ipotesi tipizzate al § 312d Abs. 4, *BGB*, prevedendo invece nel § 312e Abs. 2, *BGB* i presupposti in presenza dei quali il consumatore è tenuto a indennizzare il professionista per l’esecuzione della prestazione di servizi. Sicché alla luce di tali disposizioni è da concludere che nel sistema di protezione del consumatore delineato dal *BGB*, l’esecuzione della prestazione in pendenza del termine per recedere, non determina l’estinzione del *Widerrufsrecht*, ma si caratterizza soltanto come un presupposto necessario e non sufficiente, affinché il professionista possa agire nei confronti del consumatore per ottenere *Wertersatz für die erbrachte Dienstleistung*.

valutazione operata dal legislatore in relazione all'oggetto del contratto e, segnatamente, della prestazione caratteristica del negozio<sup>133</sup>.

Per queste ragioni, sembra opportuno prendere in considerazione la disciplina dei presupposti e delle conseguenze dell'esercizio dello *ius poenitendi* nei contratti per la prestazione di servizi, in modo da poter stabilire se le norme di cui all'art. 48 e 55 co. 2°, lett. a), c.cons., possano essere interpretate in misura tale da assicurare al consumatore un'adeguata protezione in tutti i casi in cui questi stipuli un contratto con un professionista fuori dei locali commerciali o mediante tecniche di comunicazione a distanza.

---

<sup>133</sup> Considerando la disparità di trattamento tra le diverse ipotesi, una parte della dottrina ha sostenuto che il consumatore sia da considerarsi meno tutelato qualora decida di acquistare servizi. Così A.M. SINISCALCHI, *Il recesso nel d.lgs. 50/92: differenze disciplinari in caso di fornitura di beni e prestazione di servizi*, in VETTORI, *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova 1999, p. 238; L. FURGIUELE, *op. cit.*, p. 199.



# CAPITOLO III

## GLI EFFETTI DELLO *IUS POENITENDI* NEI CONTRATTI PER LA PRESTAZIONE DI SERVIZI NEL DIRITTO ITALIANO

### SEZIONE I

La collocazione sistematica della disciplina degli effetti dello *ius poenitendi*

**1. La “disciplina generale” degli effetti e delle condizioni di esercizio dello *ius poenitendi* nei contratti porta a porta e a distanza: l’art. 66 e l’art. 67 c.cons.**

L’analisi degli effetti del diritto di recesso deve necessariamente muovere dalle norme contenute nella Sezione IV, del Capo I, Titolo III, Parte III, del Codice del consumo, posto che nel disegno originario del Legislatore tale sezione avrebbe dovuto assolvere alla precipua funzione di disciplina unitaria e generale del diritto di recesso del consumatore<sup>1</sup>.

Invero, una volta stabilito nell’art. 64 co. 1° che il consumatore ha il diritto di sciogliere unilateralmente il vincolo contrattuale che lo lega al professionista, purché nel rispetto di determinate forme (art. 64 co. 2°) e di termini perentori (art. 65 co. 1°-3°), il Codice del consumo detta nell’art. 66 la disciplina degli «effetti del diritto di recesso» e nell’art. 67 la disciplina delle «ulteriori obbligazioni delle parti» susseguenti allo scioglimento del vincolo negoziale.

Queste norme sono da sempre oggetto di particolare interesse in dottrina, in ragione dell’indubbia rilevanza che esse rivestono dal punto di vista applicativo e dei problemi di coordinamento cui sono suscettibili di dare luogo con la lettera e lo spirito delle disposizioni contenute nel Codice civile.

---

<sup>1</sup> La legge delega per l’emanazione del Codice del consumo prevedeva infatti, tra i «principi e criteri direttivi», di raggiungere l’obiettivo della «omogeneizzazione delle procedure relative al diritto di recesso del consumatore nelle diverse tipologie di contratto». Sull’importanza di questa delega e sui risultati ottenuti dal Legislatore delegato v. G. DE CRISTIOFATO, *Il "Codice del consumo"*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 786ss.; L. C. NATALI, *Ius poenitendi e obbligo di restituzione nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Contr.*, 2006, p. 307.

Da un punto di vista squisitamente letterale è stato osservato che l'art. 66 c.cons. attribuisce allo *ius poenitendi* l'effetto di sciogliere le parti dalle «rispettive obbligazioni», mentre gli artt. 1372 e 1373 c.c., nel contemplare le ipotesi di scioglimento del vincolo, si riferiscono più propriamente al «contratto»<sup>2</sup>.

Più rilevante è però l'osservazione secondo cui la stessa configurazione del recesso come un rimedio per lo «scioglimento delle obbligazioni» si rivela inappropriata, atteso che il Codice civile utilizza quale modello di negoziazione di beni di consumo la compravendita, ovverosia uno schema negoziale tendenzialmente improntato alla produzione di «effetti reali»<sup>3</sup>.

Sicché al precipuo scopo di recuperare coerenza e logicità del dato normativo è stato suggerito di considerare proprio questo come il profilo disciplinare dal quale emerge con più evidenza la natura dello *ius poenitendi* e che consente di configurare tale diritto come un rimedio speciale nell'ambito delle vicende estintive di un rapporto negoziale<sup>4</sup>.

Per tutelare il consumatore, infatti, l'esercizio dello *ius poenitendi* dovrebbe prescindere dalla considerazione della natura degli effetti prodotti dal contratto e mirare sempre al ripristino dell'assetto di interessi antecedente alla stipulazione del negozio, liberando il consumatore dall'obbligo di pagare il prezzo o in alternativa – qualora egli abbia già pagato – determinando l'insorgere del diritto alla ripetizione della somma versata al professionista.

---

<sup>2</sup> Si tratta tuttavia di un rilievo squisitamente formale, posto che la disposizione di cui all'art. 66 c.cons. consente comunque di affermare che lo scioglimento dell'obbligazione rappresenta la naturale conseguenza dell'incidenza dello *ius poenitendi* sul contratto. Così F. BOCCHINI, *Il regime dei rischi nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in Bocchini, *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, I, p. 69s.; E. GUERINONI, *Sub art. 66 c.cons.*, in *Commentario Cuffaro-Barenghi-Barba*, Milano 2008, p. 358; C. MACRÌ, *Contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, Torino 1998, p. 91; F. ASTONE, *Commentario al Decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50*, a cura di LIPARI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 220.

<sup>3</sup> F. BOCCHINI, *op. cit.*, p. 69; C. MACRÌ, *op. cit.*, p. 91.

<sup>4</sup> Così sempre F. BOCCHINI, *op. cit.*, *ivi*; M.C. CHERUBINI, *Tutela del «consumatore debole» nella formazione del consenso*, Torino 2005, 98s.; R. GIAMPETRAGLIA, *Sub art. 65*, in *Commentario al Codice del consumo*, a cura di Alpa – Rossi Carleo, Napoli 2005, p. 479; G. VILLANACCI, *op. cit.*, p. 234; L.V. MOSCARINI, *Diritto di recesso e contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in VETTORI, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, p. 236ss.; G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *St. iuris*, 1999, p. 1197; R. TOMMASINI, *Codice del consumo e ius poenitendi*, in PERLINGIERI - CATERINI, *Il diritto dei consumi*, Napoli 2007, III, p. 279; G. BENEDETTI, *La formazione del contratto*, *cit.*, p. 353. In giurisprudenza v. Cass. civ., sez. I, 28 marzo 2006, n. 6996, *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 4., ove si riconosce al diritto di recesso del consumatore una peculiare efficacia retroattiva.

Tale risultato deve essere garantito in tutti i casi e, segnatamente, anche qualora il contratto concluso dal consumatore sia volto alla produzione di effetti reali, senza che possa subordinarsi la liberazione del consumatore dall'obbligo di pagamento (o la pretesa alla restituzione della somma pagata) ad un qualsiasi vincolo o adempimento, quale *in primis* potrebbe essere quello consistente nella ripetizione della prestazione traslativa in favore del professionista<sup>5</sup>.

Il trasferimento del diritto dal consumatore al professionista non avviene quindi a seguito dell'esecuzione di una nuova ed apposita prestazione traslativa, bensì rientra nel fuoco degli effetti dello *ius poenitendi*<sup>6</sup>.

Con la conseguenza che l'esercizio del diritto di recesso determina l'insorgere in capo alle parti delle sole obbligazioni aventi ad oggetto la restituzione della materiale disponibilità di quanto ricevuto (cosa e prezzo), secondo i principi e le condizioni indicate nell'art. 67 c.cons., avendo la disciplina da esso dettata la precipua funzione di attuare il programma di restituzioni e di rimborsi susseguenti all'eliminazione *ab origine* del vincolo negoziale.

L'analisi della *ratio* degli artt. 66 e 67 c.cons. consente allora di affermare che il campo di applicazione delle due disposizioni non è perfettamente coincidente: posto che la funzione dell'art. 66 c.cons. è quella di stabilire lo scioglimento del contratto, esso dovrebbe trovare applicazione in tutte le ipotesi in cui sia esercitato lo *ius poenitendi*, ovverosia tanto nelle ipotesi in cui le parti abbiano già provveduto

---

<sup>5</sup> È agevole osservare infatti che la teorizzazione di un vincolo del consumatore al contratto, fintantoché al professionista non sia nuovamente trasferito il diritto sul bene, si rivelerebbe una misura palesemente contraria allo scopo di tutela del consumatore.

<sup>6</sup> Ciò avviene riconoscendo allo *ius poenitendi* una peculiare efficacia retroattiva reale: così L.V. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 237; E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano 2010, p. 112; G. GABRIELLI, *L'attuazione in germania e in italia della direttiva europea sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Eur. dir. privato*, 2000, p. 746s.; A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino 2007, p. 147; G. BELLANTUONO, *Gli effetti del recesso nella negoziazione fuori dei locali commerciali cit.*, p. 176s. R. CALVO, *I contratti del consumatore cit.*, p. 252, ove si afferma che «il recesso determina la retrocessione al venditore del diritto reale e l'inversione del regime della responsabilità»; F. BOCCHINI, *op. cit.*, 70, secondo cui la particolare efficacia dello *ius poenitendi* potrebbe essere spiegata in ragione del principio di corrispettività tra le prestazioni, principio in forza del quale la liberazione dall'obbligazione di pagamento del prezzo determina *ex adverso* la perdita del diritto sulla cosa e la sua ricongiunzione con l'originario dante causa. Circa il principio di corrispettività v. A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova 1963; G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960.; R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli 1968, p. 49.

all'adempimento delle rispettive obbligazioni, quanto nelle ipotesi in cui le stesse obbligazioni debbano essere ancora adempiute<sup>7</sup>.

Viceversa, la disciplina contenuta nell'art. 67 c.cons. – pur essendo genericamente riferibile agli effetti del recesso – ha un campo di applicazione più limitato: in primo luogo, perché essa è destinata a trovare applicazione solo nel primo caso, ovvero sia soltanto qualora le obbligazioni contrattuali «siano state in tutto o in parte eseguite» e risulti pertanto necessario e opportuno individuare tempi, modi e condizioni per l'adempimento degli obblighi di rimborso e restituzione delle prestazioni già eseguite<sup>8</sup>; in secondo luogo, perché la disciplina dettata nell'art. 67 c.cons. – diversamente da quella contenuta nell'art. 66 c.cons. – contempla espressamente soltanto i contratti aventi ad oggetto beni, rivelandosi, per questo motivo, non suscettibile di essere riferita ai contratti che obbligano il professionista all'esecuzione di una prestazione di servizi<sup>9</sup>.

In ragione di ciò conviene quindi premettere che nel prosieguo dell'indagine, relativa agli effetti dello *ius poenitendi*, la disciplina generale contenuta nella Sezione IV, del Capo I, Titolo III, Parte III verrà in rilievo soprattutto in riferimento alla portata precettiva dell'art. 66 c.cons. e ai problemi di coordinamento con le più specifiche disposizioni relative al diritto di recesso nei contratti per la prestazione di servizi conclusi porta a porta e a distanza.

## **2. La “disciplina specifica” degli effetti e delle condizioni di esercizio dello *ius poenitendi* nei contratti per la prestazione di servizi: l'art. 48 e l'art. 55 co. 2, lett. a) c.cons.**

L'elaborazione di un'apposita sezione per la disciplina unitaria dello *ius poenitendi* del consumatore nei contratti conclusi a distanza o fuori dei locali

---

<sup>7</sup> Così M. FARNETI, Sub art. 67, in *Comm. De Cristofaro- Zaccaria*, Padova 2010, p. 520s.; R. GIAMPETRAGLIA, *op cit.*, p. 478.

<sup>8</sup> Si consideri che l'art. 67 c.cons. detta una disciplina di portata generalissima, non riferita cioè ai soli contratti di «vendita di beni» (così erroneamente il co. 2°), bensì suscettibile di trovare applicazione a tutti i contratti relativi alla «consegna di beni» (vedi il co. 1° e co. 3°). Sulla rilevanza del campo di applicazione dell'art. 67 c.cons. v. *infra*

<sup>9</sup> Circa la definizione di «prestazione di servizi» e l'interpretazione estensiva della portata applicativa della disciplina contenuta nell'art. 67 c.cons., vedi *infra*.

commerciali rappresenta sicuramente una delle maggiori novità di cui è portatore il Codice del consumo<sup>10</sup>.

Tuttavia, nonostante il proposito del Legislatore, l'auspicata omogeneità delle procedure relative al diritto di recesso del consumatore non può considerarsi pienamente raggiunta in relazione alle condizioni e agli effetti dello *ius poenitendi*.

Invero, le disposizioni contenute nella Sezione IV, del Capo I, Titolo III, Parte III, Codice del consumo sono tendenzialmente esaustive della disciplina dello *ius poenitendi* soltanto qualora tale diritto si riferisca ad un contratto avente ad oggetto beni<sup>11</sup>.

Viceversa, con precipuo riferimento ai contratti in cui il professionista sia tenuto all'esecuzione di una prestazione di servizi, tali disposizioni debbono essere integrate e coordinate con le ulteriori disposizioni della Sezione I e della Sezione II, Capo I, Titolo III, Parte III, Codice del consumo, dalle quali emergono profonde differenze rispetto alla regola per cui l'esercizio dello *ius poenitendi* scioglie le parti dalle *rispettive obbligazioni derivanti dal contratto o dalla proposta contrattuale*.

In particolare, per i contratti conclusi fuori dei locali commerciali viene in rilievo l'art. 48 c.cons., ai cui sensi «Per i contratti riguardanti la prestazione di servizi, il diritto di recesso non può essere esercitato nei confronti delle prestazioni che siano state già eseguite».

Per i contratti a distanza, invece, vale quanto dispone l'art. 55 co. 2°, lett. a) c.cons., ai cui sensi: «Salvo diverso accordo tra le parti, il consumatore non può esercitare il diritto di recesso [...] nei casi di fornitura di servizi la cui esecuzione sia iniziata, con l'accordo del consumatore, prima della scadenza del termine previsto dall'articolo 64, comma 1».

---

<sup>10</sup> Così G. DE CRISTOFARO, *Il codice del consumo* cit., p. 786ss.; L.C. NATALI, *op. cit.* p. 307.

<sup>11</sup> Vedi tuttavia le osservazioni di M. C. CHERUBINI, *Sul c. d. diritto di ripensamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 702; ID., *Tutela del «consumatore debole» nella formazione del consenso*, Torino 2005, p. 98s., ove si osserva che la disciplina legislativa pone delicati e importanti problemi applicativi, *in primis* l'allocazione del rischio per la perdita o il danneggiamento del bene oggetto del contratto durante il «periodo di riflessione», per causa non imputabile all'acquirente, la cui soluzione quindi non può che essere affidata all'interprete. Cfr. C. PILIA, *Accordo debole e recesso del consumatore*, Milano 2008, p. 25s e 129, secondo cui la disciplina dettata dal Legislatore si rivela di «carattere minimale».

Orbene, la rilevanza di queste norme nella disciplina delle condizioni e degli effetti dello *ius poenitendi* è tale per cui, da più parti, è stata sottolineata l'incoerenza sistematica della scelta del Legislatore di collocare le disposizioni di cui agli artt. 48 e 55 c.cons. nelle specifiche Sezioni dedicate alla disciplina dei contratti porta a porta e a distanza, piuttosto che inserirle, coordinarle e armonizzarle nel contesto del microsistema normativo della Sezione IV, sezione che – come è stato ricordato – ha la precipua funzione di assurgere a statuto autenticamente generale del diritto di recesso nei contratti *extra moenia e inter absentes*<sup>12</sup>.

Per comprendere la rilevanza e la portata precettiva degli artt. 48 e 55 c.cons. – e conseguentemente le ragioni della critica alla scelta sistematica del Legislatore – si renderebbe invero necessario evidenziare la formulazione impropria delle due disposizioni: tanto la rubrica dell'art. 48 c.cons. quanto la rubrica dell'art. 55 c.cons. si riferiscono alla «esclusione» del diritto di recesso, rischiando in tal modo di ingenerare nell'interprete l'erroneo convincimento che, in tutte le ipotesi in cui il contratto abbia ad oggetto una prestazione di servizi, sia impossibile per il consumatore sciogliere il vincolo negoziale che lo lega al professionista.

In realtà, però, nessuna delle due disposizioni prevede ipotesi che possano essere propriamente definite in termini di «esclusione del diritto di recesso»<sup>13</sup>. Le due norme si contraddistinguono infatti perché dettano – pur con profonde e significative differenze – una peculiare disciplina delle condizioni e degli effetti dell'esercizio dello *ius poenitendi*<sup>14</sup>.

In ragione di siffatte differenze sembra opportuno procedere ad un'analisi separata delle due norme, in modo da evidenziare con maggiore precisione le difficoltà interpretative che esse sollevano.

---

<sup>12</sup> Così M. FARNETI, Sub art. 48, in *Comm. De Cristofaro - Zaccaria*, Padova 2010, p. 436; G. DE CRISTOFARO, *Codice del consumo*, cit. p. 783; Vale sottolineare che la collocazione sistematica di queste disposizioni e, segnatamente, dell'art. 48 c.cons. nella Sez. I, è espressione di una precisa scelta del Legislatore del Codice del consumo. Invero, l'art. 7 d.lgs 50/92 collocava la disposizione ora contenuta nell'art. 48 c.cons. nel contesto delle «condizioni di esercizio del diritto di recesso» unitamente alla disposizione ora contenuta nell'art. 67 co. 2° c.cons.

<sup>13</sup> Potrebbe anzi sostenersi che un tratto comune alle due disposizioni sia rappresentato proprio dalla mancata previsione di ipotesi di esclusione *tout court* del diritto di recesso.

<sup>14</sup> Cfr. B. COLOSIMO, sub art. 48, in *Comm. Vettori*, Padova 2007, p. 454, secondo cui «la disarticolazione del dato normativo [...] potrebbe determinare una disparità di trattamento, che non sembra giustificabile alla luce delle differenze oggettive che intercorrono tra i contesti ambientali nelle due tipologie di contratti».

Preme tuttavia mettere subito in evidenza che la maggiore e più rilevante di tale differenze risiede nella mancata previsione ad opera dell'art. 48 c.cons. – e viceversa nella previsione contenuta nell'art. 55 co. 2 lett. *a*) c.cons. – del requisito del «consenso del consumatore», quale presupposto necessario e imprescindibile per l'esecuzione della prestazione di servizi in pendenza del termine per recedere.

Tale assenza rende la disposizione di cui all'art. 48 c.cons. esiziale per la tutela del consumatore e giustifica la scelta di iniziare l'indagine dai problemi sollevati dalla disciplina sui contratti conclusi fuori dei locali commerciali.

## SEZIONE II

### La disciplina degli effetti dello *ius poenitendi* nei contratti conclusi fuori dei locali commerciali

#### 1. L'efficacia *ex nunc* del recesso

L'individuazione della collocazione sistematica delle disposizioni strettamente afferenti alla disciplina degli effetti del diritto di recesso nei contratti conclusi porta a porta e a distanza consente di affermare che l'efficacia retroattiva dello *ius poenitendi* rappresenta certamente un aspetto normativo di primaria importanza nella definizione del livello di tutela del consumatore<sup>15</sup>.

Tuttavia, nonostante l'indubbia rilevanza della questione, ai nostri fini – *id est* al fine di comprendere la portata della disciplina dello *ius poenitendi* nei contratti aventi ad oggetto una prestazione di servizi – sembra innanzitutto opportuno sottolineare che il riferimento all'efficacia *ex tunc* del diritto di recesso rileva solo come termine di confronto, ossia come presupposto per comprendere l'estrema diversità tra il regime di tutela del consumatore nei contratti per la distribuzione di prodotti, rispetto a quello adottato per i contratti relativi alla fornitura di un servizio. La dottrina che si è occupata dell'esegesi dell'art. 48 c.cons. è infatti unanimemente concorde nel ritenere che la norma non sia diretta ad escludere il diritto di recesso – ossia a privare il consumatore della facoltà di sciogliere il contratto concluso porta a porta, allorché esso abbia ad oggetto un servizio – bensì soltanto a stabilire che gli effetti dello *ius poenitendi* non si estendono a quelle «prestazioni [di servizi] che siano state già eseguite» dal professionista.

---

<sup>15</sup> Basti pensare che, in ragione di siffatta efficacia, l'esercizio del diritto di recesso determina l'insorgere di problemi di estremo rilievo sul piano pratico, come quello relativo all'allocatione del rischio per il perimento o deterioramento del bene durante la pendenza del termine per l'esercizio dello *ius poenitendi*. Ed infatti, posto che il diritto di recesso opera in modo retroattivo, è dubbio se il principio *res perit domino* possa trovare applicazione al fine di risolvere i problemi connessi al perimento del bene nell'intervallo di tempo intercorrente tra il trasferimento di proprietà ed il momento della sua rimozione attraverso il recesso. Su tali aspetti v. più diffusamente: B. COLOSIMO, *op. cit.*, 530s.; G. BELLANTUONO, *Gli effetti del recesso nella negoziazione fuori dei locali commerciali*, in JANNARELLI, *Le vendite aggressive, Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, Napoli 1995, p. 167; R. CALVO, *op. cit.*, p. 252; M. C. CHERUBINI, *Tutela del «contraente debole» nella formazione del consenso cit.*, p. 98s.

Ne deriva che le sole e uniche ipotesi di esclusione del diritto di recesso nei contratti conclusi porta a porta sono quelle contemplate nell'art. 46 c.cons.; ma a voler essere rigorosi, bisognerebbe precisare che, anche in questi casi, non è opportuno discorrere *sic et simpliciter* di «esclusione del diritto di recesso», individuando l'art. 46 c.cons. un'articolata e non omogenea serie di fattispecie sottratte al campo di applicazione dell'intera disciplina relativa ai contratti conclusi fuori dei locali commerciali<sup>16</sup>.

Se così non fosse infatti – se cioè l'art. 48 c.cons. avesse l'effetto di escludere *tout court* il diritto di recesso nei contratti relativi alla prestazione di servizi – allora il Legislatore avrebbe introdotto una regola assolutamente incompatibile con lo *standard* di tutela del consumatore individuato dalla direttiva 85/577/CEE, che non prevede in alcuna delle sue disposizioni una siffatta causa di esclusione del diritto di recesso<sup>17</sup>.

Sembra possibile affermare dunque che il diritto di recesso nei contratti per la prestazione di servizi conclusi porta a porta si caratterizza e contraddistingue rispetto allo *ius poenitendi* previsto nei contratti aventi ad oggetto un bene, perché produce unicamente effetti *ex nunc*, con conseguente e connesso obbligo per il consumatore

---

<sup>16</sup> Si spiega così, dunque, perché le fattispecie escluse dal campo di applicazione della disciplina dei contratti porta a porta siano interpretate restitivamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza: esse rappresentano una deroga al generale scopo di tutela dei consumatori. In dottrina si veda G. DE CRISTOFARO, *sub art. 46, Comm. De Cristofaro - Zaccaria*, Padova 2010, p. 427ss.; C. MACRÌ, *op. cit.*, p. 36. In giurisprudenza, per i canoni dell'interpretazione restrittiva v. Corte di giustizia, 10 maggio 2001, *Veedefald c. Århus Amtskommune*, C-203/99, *Raccolta della giurisprudenza*, 2001, p. I-03569. Con specifico riferimento ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali vedi: Corte di giustizia dell'UE, 17 marzo 1998, C-45/96, *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG c. Edgard Dietzinger*, *Raccolta della giurisprudenza*, 1998 p. I-01199; Corte di giustizia dell'UE, 13 dicembre 2001, in C- 481/99, *Heininger c. Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*, *Raccolta della giurisprudenza*, 2001 p. I-09945; Corte di giustizia dell'UE, 22 aprile 1994, C-423/97, *Travel Vac SL c. Manuel José Antelm Sanchis*, *Raccolta della giurisprudenza*, 1999, p. I-0219; Corte di giustizia dell'UE, 15 aprile 2010, C-215/08, *E. Friz GmbH c. Carsten von der Heyden*, *Raccolta della giurisprudenza*, 2010, p. I-02947. Deve però segnalarsi che in una recentissima sentenza la Corte ha interpretato in via estensiva le fattispecie escluse dall'ambito di applicazione della disciplina dei contratti porta a porta: v. Corte di giustizia dell'UE, 1 marzo 2012, *Ángel Lorenzo González Alonso c. Nationale Nederlanden Vida Cía. de Seguros y Reaseguros, S.A.E.*, C-166/11, *Raccolta della giurisprudenza* 2012. Per un commento a questa sentenza, v. S. WEATHERIL, *Consumer protection under EU law 'is not absolute': yes, but be careful!*, *European Review of Contract Law*, 2012, p. 221

<sup>17</sup> Così G. DE CRISTOFARO, *Il codice del consumo*, in *Nuov. leggi civ. comm.*, 2006, p. 783, nt. 101.

di versare al professionista un corrispettivo per il servizio fornito anteriormente all'esercizio dello *ius poenitendi*.

Proprio in ragione di ciò – sottolineando cioè l'efficacia irretroattiva disposta dall'art. 48 c.cons. – i primi commentatori all'attuazione della direttiva 85/577/CEE nell'ordinamento italiano affermavano che, almeno in relazione ai contratti per la prestazione di servizi, lo *ius poenitendi* del consumatore potesse essere considerato un corollario del principio sancito all'art. 1373 co. 2° c.c., in forza del quale «nei contratti ad esecuzione continuata o periodica [...] il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione». In quest'ottica, dunque, i problemi applicativi sollevati dall'art. 48 c.cons., sembravano poter essere risolti mediante il riferimento alla riflessione classica sull'efficacia irretroattiva del diritto di recesso nei contratti di durata<sup>18</sup>.

## 2. La ratio dell'art. 48 c.cons.

Nonostante la sicura assonanza tra la formulazione dell'art. 48 c.cons. e quella dell'art. 1373 co. 2° c.c., è stato opportunamente rilevato che la fornitura di un servizio non è prerogativa dei contratti di durata, ben potendo verificarsi il caso in cui essa costituisca la prestazione caratteristica di un contratto ad esecuzione istantanea<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Così P. GELLI, in *Commentario al Decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50*, a cura di LIPARI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 218 nt. 6, ove espressamente sono richiamati gli studi di S. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano 1965 e di A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano 1980. Cfr. anche A. CALDERALE- D. VITI, *Condizioni e modalità di esercizio del recesso*, in JANNARELLI, *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, Napoli 1995, p. 161; O. LANZARA, *Sub art. 48 c.cons.*, in *Comm. Stanzione-Sciancalepore*, Milano 2006, p. 405; D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli 1996, p. 244, secondo la quale «In applicazione dei principi stabiliti per i contratti ad esecuzione continuata e periodica, il recesso opera senza avere effetto sulle prestazioni già eseguite». Vedi anche A. PRINCIGALLI, *La tutela del consumatore*, in JANNARELLI, *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, Napoli 1995, p. 105, la quale afferma che il recesso nei contratti di servizio «si avvicina al recesso unilaterale (art. 1373, II comma, c.c.), alla risoluzione per inadempimento e per eccessiva onerosità (art. 1458 e 1367, I comma c.c.) e all'avveramento della condizione risolutiva (art. 1360 c.c.)».

<sup>19</sup> Per converso, non tutti i contratti di durata sono anche contratti di servizio. Sul punto v. C. MACRÌ, *op. cit.*, p. 87; cfr. O. TROIANO, *Ambito di applicazione ed esclusioni nel D.lgs. 50/92*, in JANNARELLI, *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate*

Conseguentemente, il fondamento dell'efficacia *ex nunc* sancita dall'art. 48 c.cons. non può essere rinvenuto *sic et simpliciter* nella considerazione che i contratti per la prestazione di servizi sono quelli caratterizzati dallo svolgersi nel tempo di un rapporto negoziale i cui «singoli atti di esecuzione sono giuridicamente autonomi, l'uno rispetto all'altro», sicché il recesso – al pari di altri istituti (come la condizione risolutiva *ex art. 1360 c.c.* e la risoluzione per inadempimento *ex art. 1458 c.c.*) che conducono allo scioglimento del contratto – non potrebbe travolgere le prestazioni che siano state già eseguite dalle parti<sup>20</sup>.

Posto, infatti, che la disciplina dettata all'art. 48 c.cons. è suscettibile di trovare applicazione indifferentemente sia nei contratti di durata sia nei contratti ad esecuzione istantanea, bisognerebbe individuare altri elementi che consentono di comprendere la ragione dell'efficacia *ex nunc* del diritto di recesso nei contratti porta a porta.

Sono state così prese in considerazione le caratteristiche proprie della prestazione di servizi, dalla cui analisi – grazie anche all'ausilio delle scienze economiche<sup>21</sup> – si è dedotto che l'esclusione dell'efficacia retroattiva del diritto di recesso sancita dall'art. 48 c.cons., trova il suo fondamento e giustificazione nella circostanza che la prestazione di servizi si sostanzia in un *facere*, la cui esecuzione determina il prodursi di un'utilità per il consumatore non suscettibile di essere restituita *in*

---

*a distanza nel diritto italiano ed europeo*, Napoli 1995, p. 83; U. TROIANI, *Sub art. 48*, in *Codice del consumo, Commento al D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, a cura di Italia, Milano 2006, p. 503, secondo cui un'ulteriore rilevante differenza tra l'art. 48 c.cons. e l'art. 1373 co. 2°, c.c., risiederebbe nella circostanza che quest'ultima disposizione concede un più ampio spazio temporale per sciogliere il contratto, perché nella disciplina da esso dettata l'esercizio del recesso non sarebbe subordinato al rispetto dei rigidi termini stabiliti dal Codice del consumo per l'esercizio dello *ius poenitendi*.

<sup>20</sup> Cfr. F. MESSINEO, voce «Contratto (*dir. priv.*)», in *Enc. del dir.*, IX, Milano 1981, p. 928.

<sup>21</sup> Al riguardo vedi G. SANTINI, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Bologna 1979, p. 419s.; F. BOCCHINI, *La somministrazione di servizi*, Padova 1999, p. 79ss.; R. TOMMASINI, *I servizi come beni*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 132, ove si afferma che i servizi si caratterizzano per 1) la intangibilità e immaterialità; 2) la contestualità spazio temporale dei processi di produzione e di consumo; 3) la congiunzione nei processi di produzione ed erogazione 4) la difficoltà nell'adozione di processi di standardizzazione. Per una prospettiva europea e di comparazione con l'ordinamento tedesco v. C. WENDEHORST, *Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht*, in *AcP*, 2006, p. 226ss., la quale ritiene che le caratteristiche peculiari della *Dienstleistung* possano essere riassuntivamente individuate in a) *Nichtgegenständlichkeit*, b) *Fehlende Verkörperung* c) *Obligation de faire* d) *Produktionsfaktoren aus der Sphäre des Gläubigers*.

*natura*<sup>22</sup>; se sul consumatore non gravasse alcun tipo di obbligo nei confronti del professionista per le prestazioni già eseguite, il diritto di recesso potrebbe allora essere agevolmente esercitato al mero scopo di ottenere gratuitamente la fornitura di un servizio<sup>23</sup>.

Né può rilevare la circostanza che, in ragione della brevità dello *spatium deliberandi* concesso al consumatore per l'esercizio del diritto, l'esecuzione della prestazione di servizi si risolverebbe in un vantaggio patrimoniale irrilevante per il consumatore. Non è infatti la prospettiva della tutela del consumatore che qui rileva, bensì quella della libertà d'impresa del professionista.

Invero, la mera possibilità ed eventualità che una pluralità di consumatori possano esercitare arbitrariamente e gratuitamente il diritto di recesso, dopo aver goduto del servizio prestato, rappresenterebbe di certo una misura tale da compromettere incisivamente l'organizzazione economica e imprenditoriale del professionista<sup>24</sup>.

In questo senso, dunque, l'efficacia *ex nunc* del diritto di recesso nei contratti per la prestazione di servizi dovrebbe considerarsi espressione di una «giustizia commutativa», ossia di una regola d'equità nel bilanciamento di interessi contrapposti, consistente nell'evitare che possano gravare sul solo professionista le conseguenze negative derivanti dalla scelta del consumatore di sciogliere il vincolo contrattuale<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> O. TROIANO, *L'ambito oggettivo di applicazione cit.*, p. 83; O. LANZARA, *op. cit.*, p. 405; V. ZAMBRANO- A. MONICA, *sub artt. 64-67, Comm. Stanzone-Sciancalepore*, Milano 2006, p. 547. Vedi anche F. BOCCHINI, *La somministrazione di servizi, op. cit.*, p. 72ss., il quale rileva che le caratteristiche economiche dei servizi si riflettono sul regime contrattuale. In una prospettiva comparata ed europea v. R. ZIMMERMANN, *Rückabwicklung nach Widerruf*, in *Revision des Verbraucher-Acquis*, Tübingen 2011, p. 182s.

<sup>23</sup> Cfr. O. TROIANO, *op. ult. cit.*, p. 84, secondo cui un'eccessiva tutela del consumatore – quale potrebbe essere anche soltanto quella consistente nell'onere di pagare i costi di produzione del servizio – «comporterebbe ottime probabilità di comportamenti opportunistici, tesi ad utilizzare la facoltà di pentirsi, senza spiegazioni di sorta, al fine di ottenere prestazioni di servizi a prezzo di costo».

<sup>24</sup> Così B. COLOSIMO, *op. cit.*, p. 453 secondo cui «la *ratio* della disposizione è chiara: evitare che tale facoltà [di recesso] per il consumatore possa travolgere le prestazioni già eseguite, determinando in questo modo un irragionevole squilibrio tra i benefici ricevuti dal consumatore, e i costi *medio tempore* sostenuti dal professionista».

<sup>25</sup> Cfr. G. BENEDETTI, *Il contratto*, in VETTORI, *Persona e Mercato*, Padova 1996, p. 79; E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 97s. B. COLOSIMO, *sub art. 66-67*,

Tali conseguenze consistono nella sopportazione delle spese sostenute per l'esecuzione della prestazione e nell'impossibilità di ottenere una ripetizione della prestazione, ossia di poterla "recuperare" e "ricollocare" sul mercato al fine di trarne profitto<sup>26</sup>.

### 3. Ambito di applicazione dell'art. 48 c.cons.

La corretta individuazione della *ratio* della disciplina dettata nell'art. 48 c.cons., sembrerebbe determinare una limitazione della tutela del consumatore nei contratti per la prestazione di servizi rispetto a quella prevista per i contratti aventi ad oggetto beni: l'*ivi* prevista efficacia *ex nunc* del diritto di recesso e il connesso obbligo per il consumatore di pagare il corrispettivo per la prestazione eseguita dal professionista escludono infatti che lo *ius poenitendi* possa svolgere la funzione tipica (nella distribuzione di prodotti) di tutelare il contraente debole contro i rischi di difformità della prestazione eseguita rispetto a quella promessa o attesa<sup>27</sup>.

In ragione di ciò, non dovrebbe meravigliare che la dottrina più attenta agli interessi dei consumatori si sia innanzitutto impegnata nell'individuazione del corretto campo di applicazione dell'art. 48 c.cons., in modo da evitare che tale tratto disciplinare, peculiare ai soli contratti di servizi, possa essere utilizzato dal professionista per fini speculativi.

---

in *Comm. Vettori*, cit., p. 453 e 528, secondo cui il diritto di recesso assolve ad una duplice funzione: in primo luogo esso diretto al recupero dell'equilibrio e dell'autonomia contrattuale tra le posizioni soggettive delle parti; in secondo luogo, esso si segnala come una «tecnica di regolazione del mercato», ossia come un istituto diretto alla «massimizzazione dell'efficienza allocativa e della snellezza degli scampi». Vedi anche O. TROIANO, *op. ult. cit.*, p. 85ss.

<sup>26</sup> In ragione di ciò, anziché procedere ad un'analitica descrizione delle voci di spesa e di danno cui il professionista ha diritto di essere risarcito, il legislatore sembra aver preferito sancire l'efficacia *ex nunc* del diritto di recesso e l'obbligo per il consumatore di pagare il corrispettivo pattuito per le prestazioni già eseguite. Al riguardo v. C. MACRÌ, *op. cit.*, p. 87, secondo cui tale interpretazione consente di collocare la disposizione dell'art. 48 c.cons. nel solco del principio espresso dall'art. 67 co. 2 c.cons., ove la «sostanziale integrità del bene» è contemplata come una «condizione essenziale per l'esercizio del diritto di recesso».

<sup>27</sup> Così O. TROIANO, *op. cit.*, p. 86, secondo cui tale differenza disciplinare troverebbe il suo fondamento nella considerazione che «nel settore dei servizi la rispondenza tra quanto promesso e quanto realizzato o atteso può solo verificarsi *ex post* (dopo l'esecuzione)», a prescindere dalla tecnica impiegata dal professionista per giungere alla conclusione del contratto.

La questione è ovviamente di estrema rilevanza per i consumatori, posto che «rispetto all'area dei contratti aventi ad oggetto "beni" (materiali), si estende enormemente quella dei contratti aventi ad oggetto servizi (cioè prestazioni di fare)»<sup>28</sup>

A tal fine, è stato allora sottolineato che il fondamento dell'efficacia *ex nunc* del diritto di recesso, risiede nel rilievo per cui la prestazione di servizi si consuma nel momento stesso in cui è eseguita, sicché, una volta fornita al consumatore, essa non è più suscettibile di essere ripetuta.

Se ciò è senz'altro vero nella generalità dei casi, è però altrettanto vero che non sempre il concreto articolarsi di un contratto di servizio prevede integralmente ed esclusivamente il sorgere di obbligazioni aventi ad oggetto l'esecuzione di una prestazione irripetibile e non suscettibile di essere nuovamente collocata sul mercato.

La nozione di contratto per la prestazione di servizi, infatti, è una nozione amplissima, che – soprattutto a livello europeo – non consente di individuare con precisione quale sia la natura e la misura dell'obbligazione assunta dal professionista<sup>29</sup>.

Secondo l'insegnamento della Corte di giustizia dell'UE non possono essere operate delle categorie *a priori*, essendo decisive ai fini qualificatori (a) le peculiarità dell'oggetto concreto della prestazione, (b) le specifiche condizioni stabilite nel

---

<sup>28</sup> Così V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano 2011, p. 318s.; R. TOMMASINI, *I servizi come beni cit.*, p. 131ss., secondo cui: «Il termine servizi, prevalentemente utilizzato al plurale, denota un complesso di atti e attività che vanno assumendo sempre più incisivo rilievo nel mercato rispetto allo scambio di cose, in ragione della terzizzazione dell'economia e del convergente fenomeno di privatizzazione dei servizi pubblici che affida all'imprenditore privato la prestazione dei più rilevanti servizi, necessari per la qualità della vita della persona umana e della collettività in genere».

<sup>29</sup> Al riguardo v. F. BOCCHINI, *La somministrazione di servizi cit.*, p. 3ss.; G. SANTINI, *op. cit.*, p. 419s., secondo cui è possibile enucleare una prestazione di servizi si ha quando «il bisogno della controparte non viene realizzato [...] mediante la consegna o il godimento di un bene, materiale o immateriale, ma mediante lo svolgimento di un'attività, anche essa materiale o immateriale». Per le difficoltà insite nella definizione di contratto di servizi a livello europeo v. F. MÖSLEIN, *Dienstleistungsvertrag*, in *Handwörterbuch des europäischen Privatrechts*, a cura di Basedow-Hopt-Zimmermann, Tübingen 2009, p. 313; C. BALDUS, *Biens et services, goods and services: analytisch, systematisch oder gar nichts?*, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2008, p. 1. Per un'analisi della nozione di contratto di servizio in una prospettiva storica e comparata: F. RANIERI, *Dienstleistungsverträge: Rechtsgeschichte und die italienische Erfahrung*, in AA.VV., *Service contract*, Tübingen 2010, p. 2 ss..

regolamento contrattuale adottato dalle parti e (c) il regime di responsabilità del professionista che sia applicabile in caso di inadempimento delle obbligazioni su di lui gravanti<sup>30</sup>.

È ben possibile quindi che, in relazione al caso concreto, l'interprete si trovi a dover definire come «contratto per la prestazione di servizi» anche un contratto in cui l'obbligazione principale gravante sul professionista non si risolve affatto (o non soltanto) nell'esecuzione di una prestazione di *facere*, ma abbia ad oggetto (anche) la consegna di un bene al consumatore<sup>31</sup>.

Tipici sono i casi in cui un bene sia stato fornito dal professionista al solo ed unico scopo di consentire al consumatore una più utile o migliore fruizione del servizio<sup>32</sup>.

In queste ipotesi, dunque, in cui l'obbligazione assunta dal professionista si risolve nell'esecuzione di una prestazione suscettibile di essere (anche soltanto parzialmente) ripetuta, dovrebbe essere revocato in dubbio il fondamento dell'art. 48

---

<sup>30</sup> Così Corte di giustizia dell'UE, del 25 febbraio 2010, *Car Trim GmbH c. KeySafety Systems Srl.*, C-381/08, *Raccolta della giurisprudenza* 2010 p. I-01255, punto 33 ss. ove espressamente si prevede che al fine di determinare l'obbligazione caratteristica di un contratto e, segnatamente, distinguere tra contratti per la compravendita di beni e per la prestazione di servizi, sussistono diversi elementi, come «da un lato, l'assenza di fornitura di materiali da parte dell'acquirente e, dall'altro, la responsabilità del fornitore per la qualità e la conformità della merce», elementi che «costituiscono indizi a favore di una qualificazione di un contratto siffatto come “contratto di compravendita di beni”». Per un commento alla sentenza v. A. DE FRANCESCHI, *Il foro europeo della materia contrattuale alla luce delle recenti acquisizioni della Corte di giustizia e delle Sezioni unite, Int'l Lis*, 2010, p. 81; E. MERLIN, *Il foro speciale dei contratti di "compravendita di beni" nel Reg. 44/2001 non trova una definizione univoca nell'intervento della Corte di Giustizia, Riv. dir. proc.*, 2011 p. 691

<sup>31</sup> Si pensi ad es. ai cosiddetti «contratti complessi», dovendosi intendere per tali i contratti che risultano «dalla unificazione degli effetti di più contratti tipici presi nel loro contenuto globale». Così R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino 2004, p. 449. Circa i criteri per l'individuazione della disciplina applicabile ai contratti complessi, v. (oltre a R. SACCO-G. DE NOVA, *op. cit.*, II, p. 449ss.) C.M. BIANCA, *Il contratto cit.*, p. 478ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti parte generale*, Torino 2000, p. 173ss. In Giurisprudenza v. Cass. civ., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930, ove si afferma che «[Nei contratti complessi] la disciplina del contratto è unitaria, come unitaria ne è la causa e va ravvisata in quella del negozio di maggior rilievo, questo da individuarsi [...] in quello, tra i più contratti interamente confluiti nell'unica convenzione, cui, all'esame della volontà quale in concreto manifestata dalle parti risulti essere stato conferito rispetto agli altri il maggior rilievo in considerazione della finalità perseguita».

<sup>32</sup> C. MACRÌ, *op. cit.*, p. 87, secondo cui «una concezione che, accentuando il rapporto di strumentalità dei beni rispetto al godimento del servizio, tenda ad affermare una configurabilità unitaria del contratto, condurrà a considerare la consegna dei beni come momento esecutivo di tale contratto (di prestazione di servizi), con la conseguenza di affermare [...] la impossibilità per il consumatore di esercitare il diritto di recesso», *id est* l'inefficacia dello *ius poenitendi* rispetto alle prestazioni già eseguite. Cfr. anche E. BATTELLI, Sub art. 48 *c.cons.*, in *Comm. Alpa - Rossi Carleo*, Napoli, 2005, p. 366.

c.cons. e la stessa applicabilità di questa norma ai contratti stipulati dal consumatore in una situazione porta a porta.

Invero, se l'art. 48 c.cons. fosse sempre applicabile – anche allorché la prestazione ricevuta dal consumatore sia suscettibile (almeno parzialmente) di ripetizione – risulterebbe inevitabilmente violata quella regola di equità nel bilanciamento di interessi contrapposti che ispira l'art. 48 c.cons.

Per evitare tali strumentalizzazioni del dato normativo è stato allora suggerito di mantenere ferma in via interpretativa la distinzione tra le prestazioni oggetto del contratto – nonostante la tendenza della prassi a fonderle in *unicum* contrattuale – al fine di applicare alla prestazione di servizi e alla consegna di beni due diversi regimi normativi per la disciplina delle obbligazioni restitutorie derivanti dall'esercizio del diritto di recesso, regimi rispettivamente contemplati nell'art. 48 c.cons. e nell'art. 67 c.cons.<sup>33</sup>.

In tal modo, infatti, risulterebbe rafforzata la tutela del consumatore, posto che tale interpretazione consente di operare un ridimensionamento del (potenzialmente) vastissimo campo di applicazione dell'art. 48 c.cons. e del conseguente obbligo per il consumatore di pagare un corrispettivo per la prestazione di servizi eseguita dal professionista durante la pendenza del termine per recedere.

#### **4. La possibile valenza del consenso del consumatore alla fornitura del servizio prima della scadenza del termine per l'esercizio dello *ius poenitendi***

Una volta individuato il corretto campo di applicazione dell'art. 48 c.cons. mediante la valorizzazione dell'oggetto dell'obbligazione assunta dal professionista, sembra opportuno prendere in considerazione i problemi interpretativi sollevati dalla norma dal punto di vista squisitamente applicativo.

---

<sup>33</sup> C. MACRÌ, *op. cit.* p. 87s.; R. GIAMPETRAGLIA, *op. cit.*, p. 479, secondo cui il tenore letterale dell'art. 67 c.cons., non osta ad una siffatta interpretazione, posto che esso si riferisce alla "vendita di beni" soltanto nel co. 2°, contemplando per il resto nei co. 1° e 3° la «consegna» e la «restituzione» di un bene, ossia regole astrattamente applicabili a qualsiasi tipo di contratto. Così *in verbis* anche M. FARNETI, *Sub art. 67 cit.*, p. 525.

Al riguardo vale innanzitutto premettere che lo *ius poenitendi* nei contratti di servizio stipulati fuori dei locali commerciali – come è stato *supra* rilevato – non ha la specifica funzione di tutelare l’aspettativa del consumatore circa le qualità o le modalità di esecuzione della prestazione.

Sicché la previsione della facoltà di sciogliere il contratto potrebbe conservare una qualche rilevanza, soltanto qualora lo *ius poenitendi* fosse almeno idoneo a tutelare il consumatore contro il possibile «effetto sorpresa» esercitato dal professionista in una delle ipotesi tipiche di negoziazione porta a porta.

Affinché lo *ius poenitendi* possa adeguatamente svolgere questa funzione, si dovrebbe però sostenere l’assoluta inefficacia del contratto durante tutta la pendenza del termine per recedere, posto che soltanto impedendo l’esecuzione delle prestazioni è possibile concedere al consumatore la possibilità di riflettere con la dovuta calma sul vincolo che egli ha assunto concludendo il contratto<sup>34</sup>.

L’esecuzione della prestazione di servizi operata autonomamente e spontaneamente dal professionista, dovrebbe infatti considerarsi come un’ulteriore forma di pressione sul consumatore, atteso che alla fornitura del servizio seguirà in ogni caso – *id est* anche qualora il consumatore decida di sciogliere il contratto – l’obbligo di pagare il servizio prestato.

Viceversa non dovrebbe sussistere alcuna esigenza di tutelare il consumatore, allorché sia stato proprio costui a richiedere espressamente l’immediata fornitura del servizio, implicando una siffatta richiesta la scomparsa dell’effetto sorpresa e la corretta conclusione del procedimento di deliberazione circa la convenienza del contratto.

Sono queste dunque le ragioni che hanno spinto una parte della dottrina ad affermare che l’obbligo di pagare l’avvenuta esecuzione della prestazione di servizi sussiste solo ed esclusivamente allorché il consumatore abbia espresso il suo assenso alla fornitura del servizio in pendenza dello *spatium deliberandi* e che – in difetto di tale consenso – non sussiste alcun obbligo perché, essendo legislativamente sospesa

---

<sup>34</sup> A rigore, quindi, durante lo *spatium deliberandi* previsto per l’esercizio del diritto di recesso, il professionista non solo non potrebbe avanzare alcuna pretesa di pagamento nei confronti del consumatore (anche se solo a titolo di anticipo in conto prezzo), bensì non avrebbe neppure la possibilità di procedere all’esecuzione della prestazione di servizi.

l'efficacia del contratto, non sarebbe consentito al professionista procedere alla sua unilaterale esecuzione.

Al fine di giustificare una siffatta interpretazione, si osserva che il consenso del consumatore all'esecuzione anticipata della prestazione di servizi è espressione della dinamica procedimentale che caratterizza i contratti conclusi fuori dei locali commerciali.

In particolare, posto che il termine per recedere rappresenta il necessario *spatium deliberandi* per il formarsi di una volontà libera da ogni condizionamento subito dal consumatore in una fattispecie porta a porta, fino alla sua scadenza o, comunque, nella misura in cui la volontà del consumatore non sia stata formalmente espressa mediante l'esplicita richiesta di esecuzione della prestazione convenuta, la fornitura del servizio da parte del professionista si risolverebbe nell'esecuzione di una prestazione non voluta dal consumatore o, per meglio dire, in una «fornitura non richiesta»<sup>35</sup>.

Tale interpretazione dovrebbe altresì essere suffragata dal raffronto tra l'art. 48 c.cons. e l'art. 55 co. 2, lett. a) c.cons., ossia dalla circostanza che soltanto la seconda di queste norme subordina espressamente l'esecuzione del servizio, al consenso del consumatore<sup>36</sup>.

Poiché entrambe le disposizioni si riferiscono alla specifica fattispecie dei contratti per la prestazione di servizi, la dottrina ritiene che, per evitare un inspiegabile e ingiustificato arretramento di tutela del consumatore nei contratti conclusi porta a porta rispetto a quella accordatagli nei contratti a distanza, debba essere estesa la portata precettiva dell'art. 55 co. 2 lett. a), c.cons., in modo da consentire al consumatore di valutare e decidere se l'ammontare del corrispettivo (o l'estinzione del diritto di recesso) rappresentino un giusto “prezzo” per l'esecuzione immediata della prestazione<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> C. PILIA, *op. cit.*, p. 558s. secondo cui, se non fosse valorizzato il consenso del consumatore, «si legittimerebbe la perpetuazione dell'illecita prassi commerciale aggressiva e scorretta [...]delle comunicazioni e delle forniture non richieste».

<sup>36</sup> Così B. COLOSIMO, *op. cit.*, p. 454s. Ai sensi dell'art. l'art. 55 co. 2, lett. a) c.cons. infatti: «il consumatore non può esercitare il diritto di recesso [nel caso] di fornitura di servizi la cui esecuzione sia iniziata, con l'accordo del consumatore»

<sup>37</sup> Così B. COLOSIMO, *op. cit.*, *ibidem*, secondo cui gli artt. 48 e 55 co. 2, lett. a) c.cons. si caratterizzano per «una irragionevole differenza di trattamento tra i contratti a distanza e quelli porta

**5. I problemi interpretativi sollevati dall'art. 48 c.cons.: a) la portata dell'efficacia liberatoria dello *ius poenitendi* b) le ipotesi di sproporzione tra la prestazione di servizi eseguita dal professionista e il corrispettivo pattuito.**

L'indirizzo interpretativo teso a valorizzare il consenso del consumatore ai fini dell'applicazione dell'art. 48 c.cons. presenta sicuramente l'indubbio merito di risolvere in modo netto il problema relativo all'immediata ed unilaterale esecuzione della prestazione da parte del professionista<sup>38</sup>.

Ciò nonostante questa interpretazione si rivela eccessivamente artificiosa nella misura in cui teorizza la sussistenza di un nuovo e complesso *iter* di conclusione del contratto, sulla base dei soli indici normativi ricavabili dall'art. 48 c.cons.

Invero, il richiamo all'art. 55 co. 2, lett a) c.cons. – cui fa *pendant* la disposizione contenuta nell'art. 67-terdecies co. 1, 2<sup>a</sup> proposizione c.cons.<sup>39</sup> – dovrebbe essere considerato improprio sulla base di almeno tre ordini di argomentazioni.

In primo luogo, perché tale richiamo sistematico è una palese dimostrazione del fatto che, ove il Legislatore ha ritenuto opportuno elevare il consenso del consumatore a presupposto imprescindibile per l'esecuzione della prestazione da parte del professionista e per la sussistenza dell'obbligo di pagare il servizio reso, lo ha espressamente previsto e disciplinato. Con la conseguenza che, nel contesto dell'art. 48 c.cons., il mancato riferimento al consenso del consumatore non può considerarsi casuale.

In secondo luogo, perché ai sensi dell'art. 45 co. 3, le disposizioni di cui alla sezione II – *id est* le disposizioni sui contratti conclusi a distanza (e tra di esse

---

a porta», in ragione della quale si rende «necessario estendere analogicamente la previsione contenuta nell'art. 55, che fa del consenso (o comunque dell'accordo tra le parti) l'elemento che giustifica l'inizio dell'esecuzione con la conseguente preclusione del recesso».

<sup>38</sup> Allorché il consumatore presti il suo consenso all'esecuzione della prestazione da parte del professionista, allora dovrà necessariamente versare un corrispettivo per il servizio goduto. Viceversa, nulla dovrà il consumatore, qualora la prestazione di servizi sia stata eseguita autonomamente e unilateralmente dal professionista, dovendosi considerare siffatta esecuzione come un'ulteriore forma di pressione sul consumatore. Così, B. COLOSIMO, *op. cit.*, p. 455.

<sup>39</sup> Ai cui sensi: «L'esecuzione del contratto può iniziare solo previa richiesta del consumatore».

ovviamente anche quelle contemplate nell'art. 55 co. 2, lett. *a*) e nell'art. 57) – si applicano, se più favorevoli, soltanto «ai contratti conclusi per corrispondenza o, comunque, in base ad un catalogo che il professionista ha avuto modo di consultare senza la presenza del professionista». Parrebbe doversene dedurre, allora, che in tutte le altre ipotesi contemplate dall'art. 45 co. 1 c.cons., – ipotesi che rappresentano quelle tipiche e più comuni di conclusione del contratto fuori dei locali commerciali – è inammissibile il riferimento alla disciplina sui contratti a distanza, nonostante l'applicabilità delle disposizioni contenute nell'art. 55 co. 2 lett. *a*) e nell'art. 57, assicurerebbe al consumatore un livello più elevato di tutela.

In terzo e ultimo luogo, il riferimento all'art. 55 co. 2 lett. *a*) si rivela improprio perché, anche ammettendo che l'applicazione dell'art. 48 c.cons. presuppone il consenso del consumatore, una tale previsione non può certamente considerarsi di per sé sola una misura sufficiente ad eliminare tutti i rischi cui sono esposti i consumatori nella contrattazione porta a porta: è ragionevole ritenere, infatti, che una siffatta previsione sollevi in ogni caso numerosi e rilevanti problemi interpretativi<sup>40</sup>.

In ragione di ciò sembrerebbe allora opportuno percorrere altri indirizzi interpretativi, anch'essi funzionali a valorizzare la collocazione dell'art. 48 c.cons. nella sistematica del Codice del consumo, ma caratterizzati altresì dall'intento di prevenire i possibili e concreti rischi cui potrebbe andare incontro il consumatore nei contratti per la prestazione di servizi stipulati porta e porta.

In particolare si rende opportuno prendere in considerazione la reale portata precettiva dell'art. 48 c.cons. e stabilire *a*) se tale disposizione è suscettibile di trovare applicazione anche allorché il diritto di recesso si riferisca alla proposta del consumatore e quali siano le conseguenze della sua inapplicabilità *b*) se il consumatore possa essere onerato dell'obbligo di pagare un corrispettivo sproporzionato rispetto alla prestazione effettivamente eseguita dal professionista.

---

<sup>40</sup> Si pensi, ad esempio, alla necessità di stabilire se possa considerarsi prestato il consenso del consumatore, anche allorché esso si risolva nella mera accettazione di clausole unilateralmente predisposte dal professionista nel contesto di condizioni generali di contratto. Si pensi ancora alla necessità di stabilire se tale consenso presuppone l'informazione del consumatore in merito alla portata economica e giuridica di un recesso esercitato successivamente all'esecuzione della prestazione di servizi.

Orbene seguendo l'ordine delle questioni qui rilevate, nelle pagine successive saranno affrontati i problemi cui l'applicazione dell'art. 48 c.cons. è suscettibile di dare luogo, ovverosia, *in primis*, quello consistente nell'evitare che il professionista possa avanzare pretese nei confronti del consumatore in seguito al ritiro della proposta diretta alla conclusione del contratto, *in secundis*, quello consistente nella determinazione del corrispettivo dovuto dal consumatore per il servizio fornito dal professionista.

## **6. La portata dell'efficacia liberatoria dello *ius poenitendi* nei contratti per la prestazione di servizi conclusi porta a porta.**

Per comprendere la portata dell'efficacia liberatoria dello *ius poenitendi* nei contratti per la prestazione di servizi stipulati porta a porta, è d'uopo muovere dall'art. 45 co. 2° c.cons., in forza del quale «le disposizioni della presente sezione [e tra di esse ovviamente quelle relative allo *ius poenitendi* <sup>41</sup>] si applicano anche «nel caso di proposte contrattuali sia vincolanti che non vincolanti effettuate dal consumatore».

Sebbene la disposizione utilizzi il concetto di «non vincolatività»<sup>42</sup>, la dottrina è unanime nel ritenere che la norma contenga un espresso richiamo alle proposte irrevocabili e alle proposte semplici<sup>43</sup>.

Orbene, considerando che l'art. 48 c.cons. è inserito proprio nella Sezione I, Capo I, Titolo II, Parte III del Codice del consumo, parrebbe doversi concludere che il diritto di recesso non può essere esercitato (*id est* non produce effetti) nei confronti della proposta irrevocabile o della proposta semplice del consumatore

<sup>41</sup> In questo senso v. C. MACRÌ, *op. cit.*, *ibidem*.

<sup>42</sup> Concetto che, come è noto, è di conio europeo e oggetto di un acceso dibattito nella dottrina italiana in merito alla sua qualificazione nel diritto interno: v. al riguardo R. ORESTANO, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 493; F. GALGANO, *La clausola di gradimento, i patti parasociali e la categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 895ss.; M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. impr. Eur.*, 1996, p. 450; A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 290; C.M. BIANCA, *Il contratto cit.*, p. 388.

<sup>43</sup> G. DE CRISTOFARO, art. 45, *Comm. De Cristofaro – Zaccaria*, Padova 2010, p. 420. Rilevante in quest'ottica è che l'art. 48 c.cons., si riferisca soltanto al diritto di recedere dai contratti (e non anche dalle proposte) per la prestazioni di servizi. Al riguardo v. *infra*

diretta alla conclusione di un contratto per la prestazione di servizi. In altre parole, un'interpretazione letterale delle disposizioni contenute nella Sezione I, Capo II, Parte III, del Codice del consumo, dovrebbe indurre a ritenere che nelle fattispecie porta a porta aventi ad oggetto una prestazione di servizi il consumatore non avrebbe alcuna possibilità di esercitare lo *ius poenitendi* per sciogliere il vincolo derivante dall'emissione di una proposta irrevocabile o per revocare una precedente proposta semplice. Conseguentemente gli unici strumenti attribuiti al consumatore in questi casi dovrebbero essere quelli previsti e disciplinati nel titolo II del Libro IV del Codice civile.

Per evitare ciò, sarebbe opportuno circoscrivere in via interpretativa il rinvio compiuto dall'art. 45 c.cons. alle sole ipotesi in cui le disposizioni del Codice del consumo contemplano, non già un generico riferimento al diritto di recesso (così come avviene nell'art. 48 c.cons.), bensì si riferiscono in modo specifico alla possibilità per il consumatore di recedere dal *contratto* o dalla *proposta*.

In base a tale interpretazione si potrebbe allora affermare che l'art. 48 è applicabile soltanto se e nella misura in cui il diritto di recesso si riferisce ad una fattispecie negoziale già perfezionatasi. Viceversa, qualora lo *ius poenitendi* sia riferito alla proposta del consumatore, sia essa irrevocabile o semplice, esso produce sempre e comunque gli effetti di cui all'art. 66 c.cons., in forza del quale l'esercizio del diritto di recesso determina la liberazione delle parti dalle «rispettive obbligazioni derivanti dal contratto o dalla proposta contrattuale»<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> È questo un rilievo che già i primi commentatori della attuazione della direttiva 85/577/CEE nel nostro ordinamento mediante il D.lgs. 50/92 ebbero a compiere e che, in ragione della immutata trasposizione dell'art. 8 D.lgs. 50/92 nell'art. 66 c.cons. si rivela ancora attuale. Può anzi osservarsi che l'elaborazione di una disciplina unitaria del diritto di recesso ha comportato l'estensione della previsione relativa al "recesso dalla proposta contrattuale" anche ai contratti conclusi a distanza. Tuttavia, a voler essere rigori, dovrebbe segnalarsi la scarsa chiarezza prescrittiva del Legislatore, che mentre nell'art. 64 c.cons. e nell'art. 66 c.cons. riferisce il diritto di "recedere dalla proposta" sia ai contratti porta a porta sia ai contratti a distanza, nell'art. 65 c.cons. contempla un siffatto diritto soltanto per le proposte *extra moenia*, non anche invece per quelle *inter absentes*. Al riguardo v. M. FARNETI, *Sub art. 64*, cit., p. 498ss., secondo cui «l'incongruenza è dovuta al fatto che le discipline italiane di attuazione [...]ricalcano i contenuti delle normative comunitarie di riferimento, tra le quali è soltanto la direttiva 1985/577/CEE ad occuparsi di offerte».

### 6.1. Lo *ius poenitendi* come diritto di pentirsi della proposta irrevocabile.

Attesa la formulazione dell'art. 66 c.cons. sembrerebbe doversi prendere atto della circostanza che nella disciplina del Codice del consumo non solo il contratto, bensì anche la proposta contrattuale costituisce fonte di obbligazioni per il consumatore.

È questa una rilevante peculiarità della disciplina consumeristica, posto che nel nostro ordinamento la proposta, da qualunque parte provenga, assume pur sempre il valore di un atto prenegoziale, inidoneo in quanto tale a determinare l'insorgere di vere e proprie obbligazioni a carico del proponente<sup>45</sup>.

Per converso, invece, il recesso si configura come un atto estintivo dei contratti in generale – o comunque di fattispecie a rilievo bilaterale già compiutamente perfezionatesi – e non già di una semplice «proposta»<sup>46</sup>.

Ragion per cui, animata dal chiaro intento di calare i contenuti della tutela consumeristica nel contesto della tradizione civilistica, una parte della dottrina interpreta la disposizione nel senso che lo *ius poenitendi* del consumatore – nonostante l'impropria formulazione della disposizione di cui all'art. 66 c.cons. – ha la precipua funzione di determinare lo scioglimento del contratto o, in alternativa, la perdita di efficacia della proposta contrattuale, a seconda che il suo esercizio avvenga, rispettivamente, a seguito del raggiungimento dell'accordo o durante la fase delle trattative<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Così F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2011.; F. REALMONTE, *La revoca della proposta e dell'accettazione cit.*, p. 140; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale, Comm. cod. civ. UTET*, Torino 1980, p. 44ss., ove proposta e accettazione sono definite «porzioni di un negozio giuridico» e, in quanto tali, impegnative soltanto «nel momento in cui il negozio è concluso».

<sup>46</sup> P.M. PUTTI, *Commentario a D. lgs. 15 gennaio 1992, n. 50, a cura di Lipari*, in *Nuov. leggi civ. comm.*, 1993, p. 196ss. spec. p. 198 il quale dopo aver proceduto ad una analitica esegesi del dato letterale, ritiene che esso «configur[i], più che un recesso i senso tradizionale, una legittima facoltà di revoca della proposta contrattuale»; Cfr. M. C. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 92; F. REALMONTE, *op. ult. cit.*, p. 140;

<sup>47</sup> M. CARTELLA, *La disciplina dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, *Giur. comm.*, 1992, I, p. 727; N. FERRO, *La vendita «porta a porta»*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 1998, II, p. 152; 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. Eur.*, 1996, p. 694; E. GUERINONI, *op. cit.*, in *Comm. Cuffaro – Barba – Barengi*, p. 336; Trib. Roma, 15-2-2002, in *Temì Romani*, 2001, p. 76, con nota di BERNARDINI BETTI-POVIA, ove espressamente si afferma che «il consumatore che stipula una proposta o un atto di acquisto al di fuori dei locali commerciali ha il diritto di esercitare [...] lo *ius poenitendi* ovvero il diritto potestativo di ripensamento. L'esercizio di

In altre parole, nella misura in cui lo *ius poenitendi* si riferisce alla proposta contrattuale – a prescindere dal rinvio alle *obbligazioni derivanti dalle proposte contrattuali* – esso assolverebbe pur sempre alla funzione propria di un generico diritto di revoca<sup>48</sup>.

È stato però osservato che una siffatta interpretazione non valorizza sufficientemente il senso della novità introdotta dal legislatore mediante l'elaborazione della disciplina di cui agli artt. 64ss. cons., poiché limita l'effetto liberatorio dello *ius poenitendi* ai soli vincoli squisitamente contrattuali e attribuisce per la restante parte all'art. 66 c.cons. la mera funzione di ribadire *ad abundantiam* la generale revocabilità delle proposte contrattuali già espressamente sancita nell'art. 1328 c.c.<sup>49</sup> Sicché, per evitare un'*intepretatio abrogans* dell'art. 66 c.cons., altra parte della dottrina sostiene la necessità di individuare un autonomo ambito applicativo dello *ius poenitendi* del consumatore, anche qualora esso sia riferito soltanto ad una proposta, sia essa semplice o irrevocabile<sup>50</sup>.

Orbene, l'indirizzo contrario a qualificare lo *ius poenitendi* in termini di diritto di revoca si segnala nell'ottica della ricerca di una maggiore coerenza sistematica all'interno del *corpus* di norme di tutela del consumatore e – per quel che a noi più

---

questo diritto denominato recesso dalla normativa di riferimento, produce effetti propri del diritto di revoca». Cfr. anche D. VALENTINO, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza cit.*, p. 684, ove si ritiene che il diritto di recesso, quando riferito alla proposta contrattuale, integri più propriamente un'ipotesi di ritiro della dichiarazione, non incidendo esso su un atto perfetto ed autonomo.

<sup>48</sup> Accogliendo questa conclusione sarebbe allora vano il riferimento all'art. 66 c.cons., in luogo di quello all'art. 48 c.cons., in ragione del fatto che in relazione alle proposte contrattuali il consumatore potrebbe disporre pur sempre di un diritto di revoca ai sensi del codice civile.

<sup>49</sup> Al riguardo v. C. MACRÌ, *op. cit.*, p. 48ss., secondo il quale lo *ius poenitendi* si distingue rispetto al diritto di revoca, in ragione della considerazione che i due istituti, sebbene «si collocano in un'area comune, e cioè nell'area della rilevanza del mutamento della volontà negoziale di una delle parti, già espressa e trasmessa all'altra parte» sono caratterizzati da «discipline diverse, determinante dal diverso grado di tutela che il legislatore ritiene di dover accordare agli interessi della parte che subisce gli effetti del mutamento della volontà, in base ad una valutazione comparativa della posizione delle parti». In tal senso anche C. PILIA, *op. cit.*, p. 311, ove si sollevano forti perplessità nei confronti della tendenza a classificare il diritto di recesso del consumatore secondo schemi e categorie della dogmatica tradizionale.

<sup>50</sup> F. ASTONE, *op. cit.*, p. 211; ID. *I contratti dei consumatori*, in LIPARI, *Tratt. diritto privato europeo*, IV, Padova, 2003, p. 50; R. GIAMPETRAGLIA, *op. cit.*, p. 478s;

interessa – nell’ottica di una maggiore tutela del consumatore nei contratti relativi alla prestazione di servizi<sup>51</sup>.

In particolare, quanto alla proposta irrevocabile, posto che l’istituto di cui all’art. 1329 c.c. si risolve, secondo alcuni<sup>52</sup>, in una proposta semplice accompagnata da un negozio unilaterale diretto ad assicurarne l’irrevocabilità, oppure, secondo altri<sup>53</sup>, in un tipico negozio giuridico unilaterale, esso determina comunque – a prescindere cioè dall’orientamento cui si intenda aderire circa la natura giuridica della proposta irrevocabile – il prodursi di effetti che vincolano il proponente.

Sicché, almeno in relazione alla proposta irrevocabile, lo *ius poenitendi* si caratterizzerebbe ancora per la sua capacità di sciogliere il vincolo giuridico che lega il consumatore al professionista<sup>54</sup>. Residua quindi la necessità di individuare un qualche effetto dello *ius poenitendi* favorevole agli interessi del consumatore anche nelle ipotesi in cui la sua dichiarazione negoziale debba essere qualificata nei termini di una proposta semplice.

---

<sup>51</sup> Il riferimento al diritto di sciogliere le *obbligazioni derivanti dalla proposta contrattuale* contenuto nell’art. 66 c.cons., non dovrebbe quindi considerarsi casuale o frutto di una “svista” del Legislatore, rappresentando esso piuttosto un chiaro indice della volontà di attribuire allo *ius poenitendi* una particolare forza ed efficacia liberatoria. In questo senso v. A. JANNARELLI, *La tutela nella negoziazione fuori dai locali commerciali*, in *Le vendite aggressive cit.*, Napoli 1995, p. 16, ove si osserva che «la negoziazione sorprendente rileva anche nella fase che precede la conclusione del contratto e non solo in quella che segue tanto l’avvenuto perfezionamento del contratto, quanto addirittura la stessa esecuzione attuata anticipatamente dei contraenti».

<sup>52</sup> G. TAMBURINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano 1954, p. 25ss.; SALV. ROMANO, *Proposta irrevocabile e promessa unilaterale (studio sulla formazione del contratto ex art. 1333 c.c.)*, in *Studi in memoria di Ascarelli*, IV, Milano 1969, p. 1934.

<sup>53</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1997, p. 210; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano 1969, p. 142.

<sup>54</sup> Sembra però opportuno ricordare che vi sono numerosi indici normativi che impediscono di considerare il vincolo nascente da una proposta irrevocabile come oggetto di una vera e propria obbligazione. Al riguardo v. F. ASTONE, *op. cit.*, 1993, p. 221, il quale osserva correttamente che il vincolo instaurato a seguito della emissione di una proposta irrevocabile non determina il sorgere in capo al proponente di una vera e propria obbligazione, posto che ai sensi dell’art. 1329 co. 1, c.c., l’eventuale revoca della proposta irrevocabile non si risolve in un inadempimento, bensì nella semplice inefficacia della medesima dichiarazione di revoca.

## 6.2. Lo *Ius poenitendi* come diritto di pentirsi della proposta semplice.

### 6.2.1. L'interpretazione restrittiva della efficacia dello *ius poenitendi*.

Lo *ius poenitendi* riferito alla proposta contrattuale potrebbe conservare un'autonoma funzione in relazione alle ipotesi di conclusione del contratto mediante inizio di esecuzione, ossia in relazione al più frequente modo di conclusione dei contratti fuori dei locali commerciali.

È noto infatti che la prassi dei contratti conclusi porta a porta offre al professionista l'opportunità di impiegare agenti o professionisti privi di poteri di rappresentanza, il cui compito è essenzialmente quello di indurre il consumatore a sottoscrivere una nota d'ordine o altri documenti contenenti una proposta contrattuale, in modo tale da rinviare il momento perfezionativo del contratto all'accettazione del professionista<sup>55</sup>; accettazione che, si intende, è manifestata successivamente mediante l'inizio di esecuzione della prestazione oggetto della proposta<sup>56</sup>.

Orbene, questa prassi non solleva particolari problemi in ordine alla tutela del consumatore tutte le volte in cui il contratto abbia ad oggetto un bene, posto che per tale categoria di contratti, a prescindere dal momento in cui le parti raggiungono l'accordo, il diritto di recesso produce effetti *ex tunc* e il termine per il suo esercizio decorre ai sensi dell'art. 65 co. 1, lett. b) c.cons., sempre e comunque dal momento in cui il consumatore entra nella materiale disponibilità del bene<sup>57</sup>.

Viceversa la conclusione del contratto mediante inizio di esecuzione si rivela essere un agevole strumento nelle mani del professionista per aggirare il meccanismo di tutela del consumatore, qualora il contratto abbia ad oggetto una

---

<sup>55</sup> R. SACCO, *Conclusioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.* 1995, II, 210s.; D. VALENTINO, *op. ult. cit.*, p. 683s.; P.M. PUTTI, *op. cit.*, p. 197, nt. 66; N. SCANNICCHIO, *Il perfezionamento del contratto nel diritto privato europeo*, in LIPARI, *Trattato di diritto privato europeo*, III, Padova 2003, 161s.; P. MANES, *op. cit.*, p. 965; C. MACRÌ, *op. cit.*, 19s.

<sup>56</sup> Secondo l'impostazione tradizionale l'esecuzione della prestazione darebbe luogo ad un comportamento negoziale: G. OSTI, voce «*Contratto*», in *Nov. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 518; E. BETTI, *Negozio giuridico cit.*, p. 128; MIRABELLI, *op. cit.*, p. 41ss.) e si risolverebbe in un negozio di attuazione (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali cit.* p. 137). Al riguardo cfr. anche F. REALMONTE, *op. cit.*, p. 88ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano 1988, p. 85.

<sup>57</sup> Sicché, come rilevato nel capitolo precedente, l'esecuzione della prestazione da parte del professionista ha la precipua funzione di consentire al consumatore di valutare se sciogliere o non il contratto.

prestazione di servizi<sup>58</sup>. Per tale categoria di contratti, infatti, il Legislatore ha dettato una disciplina antitetica a quella relativa ai beni, non solo escludendo – come si è visto – l’efficacia retroattiva dello *ius poenitendi*, ma prevedendo anche un diverso regime dei termini di esercizio del diritto stesso.

Al riguardo basti considerare che ai sensi dell’art. 65 co. 1 lett. a) c.cons., il termine per l’esercizio del diritto di recesso nei contratti aventi ad oggetto una prestazione di servizi non decorre dal giorno in cui il professionista esegue materialmente la prestazione, né tanto meno dal giorno della conclusione del contratto, bensì da una data ancor anteriore, coincidente con la «sottoscrizione della nota d'ordine contenente l'informazione di cui all'articolo 47 ovvero, nel caso in cui non sia predisposta una nota d'ordine, dalla data di ricezione dell'informazione stessa»<sup>59</sup>.

Conseguentemente, presupposto l’adempimento dell’obbligo di informazione da parte del professionista, sono immaginabili due ipotesi.

In primo luogo, è possibile che il professionista attenda il decorso del termine legislativamente accordato al consumatore per *recedere dalla proposta*, e una volta scaduto tale termine, provveda senz’altro ad accettare la proposta, mediante una dichiarazione espressa oppure provvedendo direttamente all’esecuzione della prestazione di servizi.

In una siffatta ipotesi, è vero che il consumatore conserva la facoltà di esercizio dello *ius poenitendi* per tutto il tempo all’uopo previsto dalla legge, ma è altresì vero che, non avendo ancora ricevuto alcuna dichiarazione di accettazione e non essendo altresì la proposta irrevocabile, non sussiste un vero e proprio vincolo giuridico per il consumatore. Sicché non sembra revocabile in dubbio che l’eventuale esercizio

---

<sup>58</sup> Cfr. B. COLOSIMO, *op. cit.*, p. 454s. il quale, nell’evidenziare le insidie insiste nella conclusione del contratto mediante inizio di esecuzione, ritiene che l’art. 48 c.cons. soffra del mancato coordinamento con l’art. 55 co. 2° lett. a) c.cons., e, in particolare, della mancata previsione del consenso del consumatore quale condizione e presupposto indefettibile per l’inizio dell’esecuzione della prestazione.

<sup>59</sup> L’informazione di cui all’art. 47 c.cons. è quella relativa all’esistenza e alle modalità di esercizio dello *ius poenitendi* e deve essere fornita al consumatore all’atto della formulazione della proposta o, al più tardi, al momento della conclusione del contratto.

dello *ius poenitendi* produrrà effetti del tutto analoghi a quelli previsti dal Codice civile per il diritto di revoca<sup>60</sup>.

In secondo luogo, è altresì possibile che il professionista non attenda la scadenza del termine per «recedere dalla proposta» e – anziché formulare e inviare una dichiarazione di accettazione al consumatore – provveda immediatamente ad iniziare l'esecuzione del servizio, determinando così ai sensi dell'art. 1327 c.c., l'immediata perfezione del contratto.

A rigore, in questa ipotesi, la conclusione del contratto non riveste di per sé alcun rilievo decisivo, posto che il consumatore conserva pur sempre la possibilità di sciogliere il vincolo negoziale sino alla scadenza del termine di dieci giorni decorrenti dalla sottoscrizione della nota d'ordine.

Di estremo rilievo è invece la circostanza che la conclusione del contratto coincide con l'esecuzione della prestazione di servizi.

La fattispecie contemplata nell'art. 1327 c.c., dovrebbe infatti integrare gli estremi per l'applicabilità dell'art. 48 c.cons. e il conseguente sorgere in capo al consumatore dell'obbligo di pagare al professionista ogni singola prestazione che sia stata già eseguita<sup>61</sup>.

Per evitare un siffatto obbligo (o mitigarne la portata), potrebbe argomentarsi dal 2° co. dell'art. 1327 c.c., ossia dalla circostanza che sul professionista grava un

---

<sup>60</sup> Cfr. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 420; N. SCANNICCHIO, *Consumatori e conclusione dei contratti a distanza tra ordinamenti nazionali, direttive comunitarie e diritto comparato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 43; R. GIAMPETRAGLIA, *op. cit.*, p. 472, ove è sottolineata la mancanza di coordinamento tra il momento di conclusione del contratto e quello di decorrenza dello *spatium deliberandi* per l'esercizio del recesso. Invero, allorché il professionista attenda il decorso del termine per recedere, prima di accettare la proposta del consumatore (o di iniziare la fornitura del servizio), determinando così la conclusione del contratto, il consumatore non avrà alcuna possibilità di richiamarsi alla disciplina del Codice del consumo per sciogliere il vincolo negoziale che lo lega al professionista e sarà senz'altro tenuto all'adempimento delle obbligazione nascenti dal contratto. Al consumatore residueranno cioè in questi casi soltanto i diritti contemplati dalla specifica disciplina dettata dal Codice civile per i contratti tipici.

<sup>61</sup> Anche i contratti porta a porta sono suscettibili di rientrare nel campo di applicazione dell'art. 1327 c.c., posto che gli unici contratti che non possono essere conclusi mediante inizio di esecuzione, sono quelli che debbono essere stipulati in forma scritta, a pena di nullità, v. R. SACCO, *La conclusione dell'accordo*, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, Tratt. Sacco, I, Torino 2004, p. 488ss. Ora, come noto, la direttiva 85/577/CEE lasciava liberi gli Stati membri di prevedere requisiti formali *ad substantiam* e il Legislatore italiano, distinguendosi dalle scelte compiute in altri ordinamenti europei, non ha introdotto alcun requisito formale per la stipulazione del contratto. Sul punto v. G. BENINI, *sub art. 47*, in *Comm. De Cristofaro-Zaccaria*, Padova 2010, p. 431, ove espressamente si afferma che, nel diritto italiano, i contratti stipulati fuori dei locali commerciali «sono e rimangono contratti a forma libera».

onore di dare «pronto avviso all'altra parte dell'iniziata esecuzione» della prestazione, pena il risarcimento del danno<sup>62</sup>.

Altresì potrebbe sostenersi – conformemente all'insegnamento della dottrina più autorevole – che l'inizio di esecuzione della prestazione non determina la conclusione del contratto, finché essa rimane nella sfera del professionista (*rectius* dell'accettante), posticipando in tal misura il momento in cui il contratto può considerarsi perfezionato e facendo coincidere tale momento con quello in cui il consumatore consegue l'effettivo godimento del servizio<sup>63</sup>.

Tuttavia, anche mediante questi correttivi interpretativi, è innegabile che l'inizio di esecuzione della prestazione di servizi anteriore all'accettazione da parte del professionista rappresenti una fattispecie idonea a compromettere il sistema posto a garanzia delle scelte del consumatore: seppur limitata alla sfera del professionista – e quindi insufficiente a fondare la conclusione del contratto – l'esecuzione della prestazione è sicuramente idonea a far sorgere in capo al consumatore (*rectius* proponente) revocante, l'obbligo di indennizzare il professionista ai sensi e agli effetti dell'art. 1328 c.c.<sup>64</sup>.

Tale obbligo, inoltre – secondo la riflessione classica sul punto – sussiste anche in presenza di un giustificato motivo per revocare, dovendosi anzi ritenere che ove un motivo manchi, il ritiro della proposta sia idonea a configurare persino un'ipotesi di responsabilità precontrattuale *ex art.* 1337 c.c.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> Ma l'avviso di cui al 2° co. dell'art. 1327 c.c. è un atto giuridico in senso stretto, in quanto tale non necessario per il perfezionamento del contratto. Così F. REALMONTE, *op. cit.*, p. 93; F. MESSINEO, voce «*Contratto (dir. priv.)*», cit. p. 871s. Sicché si ritiene che esso possa essere adempiuto agevolmente dal professionista, ad esempio mediante il semplice invio della fattura: così A. ZACCARIA, *Sub art. 1327 c.c.*, in *Comm. Cian-Trabucchi*, Padova 2009, p. 1374; cfr. anche Cass. civ., sez. II, 21 luglio 2003, n. 11343.

<sup>63</sup> Invero, secondo la dottrina maggioritaria, non è possibile procedere alla conclusione del contratto mediante inizio di esecuzione tutte le volte in cui la prestazione cui è tenuto l'oblato si sostanzia in un comportamento da eseguirsi ed esaurirsi integralmente nella sua sfera giuridica, senza alcuna ingerenza nella sfera giuridica del proponente. A. ZACCARIA, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

<sup>64</sup> Così R. SACCO, *op. ult. cit.*, p. 330; ID, voce «*Conclusione del contratto mediante l'inizio dell'esecuzione*», in *Dig. disc. priv.*, 2010: secondo cui «la proposta sarà revocabile secondo i principi generali [...] ma ci pare che la revoca sia tardiva allorché l'oblato abbia iniziato, sia pure nella propria sfera, l'esecuzione». Vedi anche F. MESSINEO, *op. cit.*, p. e 852 nt. 258 e p. 872; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna - Roma, 1970, p. 119s.; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 240.

<sup>65</sup> G. OSTI, *op. cit.*, p. 519; L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano 1967, p. 258; C.M. BIANCA, *Il contratto cit.*, p. 235. Circa la

In quest'ottica, quindi, – qualora fosse applicabile l'art. 48 (che esclude il “recesso dalla proposta”) oppure qualora il diritto di recesso riferito alla proposta, ai sensi dell'art. 66 c.cons., dovesse essere inteso come un diritto di revoca *ex art.* 1328 c.c. – la circostanza che le trattative siano state condotte fuori dei locali commerciali potrebbe tutt'al più rilevare nei termini di un «giustificato motivo», funzionale ad evitare l'obbligo per il consumatore di risarcire il danno subito dal professionista per aver impedito il perfezionarsi del procedimento di conclusione del contratto.

È evidente però come queste conclusioni siano incompatibili con lo scopo di tutela del consumatore cui si ispira la normativa sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali, per perseguire il quale si rende allora necessario contestare la netta equiparazione dello *ius poenitendi* del consumatore al diritto di revocare la proposta contrattuale.

### **6.2.2. L'interpretazione estensiva dell'efficacia dello *ius poenitendi*: esclusione dell'obbligo di indennizzare il professionista per l'avvenuto inizio dell'esecuzione della prestazione di servizi.**

Lo spunto per tracciare una differenza tra il diritto di revoca e lo *ius poenitendi* sembra possa trarsi proprio dall'osservazione del fondamento e dei presupposti dell'obbligo di indennizzo gravante sul proponente ai sensi dell'art. 1328 c.c.

È noto che il Codice civile detta un'articolata disciplina del diritto di revocare la dichiarazione negoziale, disciplina in base alla quale si rende opportuno distinguere tra revoca della proposta e revoca dell'accettazione.

Tale distinzione si fonda sulla circostanza per cui, con specifico riferimento alla proposta, il Legislatore non ha subordinato l'efficacia della revoca alla ricezione della dichiarazione da parte dell'oblato, ma ha bensì previsto che il proponente possa esercitare il diritto di revoca «finché il contratto non sia concluso», lasciando così intendere alla dottrina maggioritaria – anche in ragione del raffronto con quanto

---

determinazione del *quantum* di indennizzo, v. G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 229; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale cit.*, p. 48; P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra risarcimento e indennizzo*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1067.

disposto dal 2° co. dell'art. 1328 c.c.<sup>66</sup> – che la revoca della proposta sia efficace sin dal momento dell'invio della dichiarazione, purché tale invio sia anteriore al momento di perfezionamento del contratto, ovverosia al momento in cui il proponente riceve l'accettazione<sup>67</sup>.

La regola trova il proprio fondamento nella circostanza per cui la «volontà dell'atto prenegoziale non è [...] una volontà definitivamente separata dal suo autore, e resa oggettiva; ma è attuale e soggettiva esposta perciò al disvolere dell'autore»<sup>68</sup>. Sicché l'assoggettamento della revoca della proposta al principio di spedizione sarebbe funzionale ad assicurare al proponente il più ampio spazio temporale possibile, per poter valutare l'opportunità di instaurare un vincolo negoziale. La discrezionalità di cui gode il proponente non può però essere illimitata, perché, se così fosse, comprometterebbe l'equilibrio tra le posizioni delle parti durante la fase delle trattative, esponendo l'oblato al mutamento repentino della volontà del proponente.

Il limite fisiologico alla revocabilità della proposta contrattuale dovrebbe allora rinvenirsi nell'affidamento della controparte circa la conclusione del contratto, la cui violazione determina l'applicabilità dell'art. 1328 co. 1°, 2ª proposizione c.c., ossia l'imposizione al proponente dell'onere di indennizzare l'oblato di tutte le spese e perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto<sup>69</sup>.

Da ciò ne consegue che l'obbligo di indennizzo previsto dall'art. 1328 c.c., dovrebbe sussistere soltanto se e nella misura in cui l'oblato possa ragionevolmente fare affidamento sulla circostanza che la proposta non sarà successivamente revocata<sup>70</sup>.

Orbene, è evidente che il bilanciamento di interessi operato dall'art. 1328 c.c. non ha modo di rilevare nelle ipotesi di contratti conclusi fuori dei locali

---

<sup>66</sup> Ai sensi dell'art. 1328 co. 2° c.c., «L'accettazione può essere revocata, purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione».

<sup>67</sup> Viceversa, la revoca dell'accettazione sottostà al principio della ricezione. Al riguardo v. Cass. civ., 16 maggio 2011, n. 6323, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2001, I, p. 364, con nota di G. BENEDETTI, *La revoca della proposta tra spedizione e ricezione: La cassazione cambia rotta*.

<sup>68</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali cit.* p. 211.

<sup>69</sup> Così, V. ROPPO, *Il contratto cit.* p. 150, ove espressamente si afferma che la libertà di revoca va temperata con la tutela degli affidamenti che la dichiarazione revocata abbia suscitato nel destinatario».

<sup>70</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 129; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, Milano 1966, p. 205.

commerciali, ove non è concepibile – data la natura stessa della tecnica di negoziazione impiegata – discorrere di tutela dell'affidamento del professionista circa la conclusione del contratto<sup>71</sup>.

Invero, qualora la fase delle trattative sia condotta porta a porta, il professionista è perfettamente consapevole, per ciò solo, della precarietà della volontà del consumatore, ossia della possibilità che questi possa esprimere *ex post* – fintantoché è pendente il termine per l'esercizio del diritto di recesso – una valutazione di senso contrario alla convenienza dell'affare, essendo anzi suo onere, quello di informare il consumatore circa questa possibilità<sup>72</sup>.

Lo *spatium deliberandi* attribuito al consumatore per l'esercizio dello *ius poenitendi* ha infatti la precipua funzione di eliminare lo stato di incertezza circa la volontà del consumatore, sia allorché tale volontà si sia fusa con quella del professionista, dando luogo alla nascita di un vincolo propriamente negoziale, sia – e a maggior ragione – allorché essa sia stata manifestata mediante la semplice emissione di una proposta di conclusione del contratto<sup>73</sup>.

Ne deriva allora che la differenza tra lo *ius poenitendi* riferito ad una proposta semplice e il diritto di revoca *ex art. 1328 c.c.*, si comprende proprio in relazione alla diversa aspettativa e posizione giuridica del professionista, rispetto a quella tradizionalmente propria dell'oblato.

In altre parole, anche quando il professionista, in considerazione del concreto articolarsi delle trattative, assume la qualifica di oblato, egli non può per ciò solo pretendere la tutela indennitaria o risarcitoria dell'affidamento circa la conclusione del contratto.

La negoziazione porta a porta determina infatti l'insorgenza in capo al consumatore di uno *ius poenitendi*, il cui effetto tipico e peculiare consiste nel riportare il consumatore nella medesima situazione patrimoniale e giuridica in cui egli si

---

<sup>71</sup> Così anche D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive cit.*, p. 204.

<sup>72</sup> Ai sensi dell'art. 47 c.cons., «Per i contratti e per le proposte contrattuali soggetti alle disposizioni della presente sezione, il professionista deve informare il consumatore del diritto di cui agli articoli da 64 a 67».

<sup>73</sup> La precarietà del vincolo, dunque, non è determinata dalla scarsa serietà del consumatore circa l'impegno assunto col professionista, bensì rappresenta la reazione predisposta dall'ordinamento ai (possibili e presunti) condizionamenti e influenze esercitate dal professionista presso il domicilio del consumatore.

trovava prima dell'emissione della dichiarazione negoziale, con la conseguente e necessaria esclusione di qualsiasi obbligo di natura risarcitoria o indennitaria<sup>74</sup>.

**7. *Segue. I problemi interpretativi sollevati dall'art. 48 c.cons.: la mancata previsione del *dies a quo* di produzione degli effetti dell'atto di esercizio dello *ius poenitendi*.***

In appendice all'indagine sull'efficacia liberatoria dello *ius poenitendi* è opportuno accennare ad un altro profilo normativo peculiare della disciplina dei contratti conclusi porta a porta: quello attinente all'individuazione del momento a partire dal quale il consumatore può considerarsi sciolto dal vincolo negoziale che lo lega al professionista.

L'art. 48 c.cons. non offre indici sufficienti per consentire di stabilire quale sia il *dies a quo* di produzione degli effetti liberatori dello *ius poenitendi*, con la conseguenza che dovrebbe farsi riferimento alle disposizioni generali e, segnatamente, a quanto sancito nell'art. 66 c.cons., ai cui sensi le parti sono sciolte dalle rispettive obbligazioni nel momento in cui si verifica la «ricezione da parte del professionista» della comunicazione di recesso.

Il tenore letterale della norma non sembrerebbe lasciare spazio a dubbi o incertezze: la disposizione si segnala per l'aver introdotto nel nostro ordinamento una regola parzialmente diversa e, per certi versi, persino incompatibile con la disciplina dettata dal Codice civile agli artt. 1334 e 1335, ove l'efficacia degli atti unilaterali recettivi è collegata rispettivamente alla conoscenza dell'atto o alla sua conoscibilità<sup>75</sup>.

La deroga consiste nella circostanza che il professionista, una volta ricevuta la dichiarazione di recesso – diversamente da quanto previsto dall'art. 1335, 2<sup>a</sup>

---

<sup>74</sup> Se così non fosse, infatti, se cioè l'esercizio dello *ius poenitendi* non consentisse il raggiungimento di questo risultato e determinasse anzi l'insorgenza dell'obbligo di indennizzare il professionista, la scelta del consumatore potrebbe essere condizionata al punto tale da indurlo a non ritenere più conveniente l'esercizio del diritto di recesso.

<sup>75</sup> Così C. MACRÌ, *op. cit.*, p. 91; F. ASTONE, *op. cit.*, p. 220. Circa l'efficacia degli atti recettivi: v. C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 220; G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 97

proposizione c.c. – è privato della possibilità di dimostrare di non avere avuto notizia della comunicazione per una causa a lui non imputabile<sup>76</sup>.

Un aggravio della posizione del professionista, dunque, che può essere agevolmente spiegato in ragione della specificità e autonomia che caratterizza il sistema normativo di tutela del contraente debole delineato dal Codice del consumo<sup>77</sup>.

In realtà, però, è proprio alla luce di un richiamo micro-sistematico che la norma presenta profili di criticità per la tutela del consumatore, la cui soluzione non può che essere affidata ancora una volta all'attività dell'interprete<sup>78</sup>.

Per una corretta comprensione delle complesse questioni interpretative sollevate dall'art. 66 c.cons., deve essere innanzitutto evidenziato che la norma si rileva non ben coordinata con quanto disposto all'art. 64 c.cons., ove sono individuate la forma e le modalità di invio della dichiarazione di recesso.

In particolare, dopo aver stabilito che la volontà del consumatore di voler sciogliere unilateralmente il contratto deve essere sempre manifestata per iscritto, l'art. 64 c.cons. individua una pluralità di modalità e di procedure mediante le quali il

---

<sup>76</sup> C. MACRÌ, *op. ult. cit.* p. 91; A. STOPPA, *Le vendite negoziate fuori dai locali commerciali*, in BIANCA, *La vendita e la permuta, Tratt. Vassalli*, Torino 1993, p. 182; F. ASTONE, *op. cit.*, p. 220. Per comprendere la rilevanza di questa differenza disciplinare, basti considerare che, secondo autorevole dottrina, la recettività degli atti unilaterali contemplati dal Codice civile si fonda sulla circostanza che alcuni di essi (come appunto il diritto di recesso) sono preordinati a dar luogo ad effetti dannosi per il destinatario. Così G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione ricettizia*, Milano 1959, p. 62ss. Sicché la dichiarazione di recesso contemplata dal codice civile ha come componente necessaria l'intenzione del dichiarante di portare la dichiarazione stessa a conoscenza del destinatario, in ragione degli effetti che questa produrrà nella sua sfera giuridica. Vedi anche v. Cass. civ., Sez. Un., 5 novembre 1981, n. 5823, in *Giur. it.* 1983, I, 1, 1734; Cass. civ., 21 maggio 1969, n. 1778.

<sup>77</sup> Al riguardo, nell'ottica del *favor consumatoris*, v. F. ASTONE, *op. cit.*, p. 220; R. GIAMPETRAGLIA, *op. cit.*, p. 479; E. GUERINONI, *Sub art. 64*, in *Comm. Cuffaro – Braba – Barenghi*, p. 355. Cfr. anche COLOSIMO, *op. cit.*, p. 518, secondo cui la preclusione della prova liberatoria per il professionista sarebbe comunque bilanciata dall'onere per il consumatore di osservare un rigido formalismo ai fini dell'esercizio del diritto di recesso. C'è però chi osserva come la norma muova in una direzione palesemente opposta a quella del *favor consumatoris*, posto che essa grava il consumatore di dimostrare la correttezza dell'avvenuta ricezione della dichiarazione di recesso. Così GUERINONI, *op. cit.*, p. 358; C. MACRÌ, *op. cit.*, p. 90, secondo cui con la norma in questione costringe il consumatore «a dimostrare sia la tempestività della spedizione, sia l'avvenuta ricezione della dichiarazione da parte dell'operatore commerciale o del soggetto indicato».

<sup>78</sup> Basti segnalare che la norma è stata opportunamente definita un «elemento di disarmonia sistematica»: così Macri, *ibidem*.

consumatore può procedere all'invio della dichiarazione di recesso al professionista<sup>79</sup>.

Innanzitutto è possibile per il consumatore inviare la comunicazione di recesso direttamente mediante lettera raccomandata con ricevuta di ritorno, in modo da avere contezza circa il rispetto del termine legislativamente previsto per l'esercizio del diritto di recesso (art. 64 co. 2° , 1<sup>a</sup> proposizione c.cons.)

In alternativa, l'art. 64 co. 2°, 2<sup>a</sup> proposizione c.cons. prevede che il consumatore possa inviare la comunicazione di recesso mediante i più veloci strumenti del telegramma, telex, posta elettronica e fax, salvo dover successivamente confermare tale invio mediante lettera raccomandata<sup>80</sup>.

Dalla lettura combinata delle due disposizioni dell'art. 64 co. 2° c.cons., emerge quindi che al consumatore è consentito scegliere diverse modalità, più o meno rapide, di trasmissione della comunicazione di recesso.

Questa circostanza sarebbe irrilevante se il Legislatore avesse previsto che l'efficacia dello *ius poenitendi* coincide con il momento dell'invio della dichiarazione di recesso<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> La dottrina è concorde nel ritenere che l'osservanza della forma scritta rappresenta un requisito di validità della comunicazione di recesso: v. per tutti G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e tutela del consumatore cit.*, p. 1198; R. CALVO, *I contratti del consumatore cit.*, p. 255; M. FARNETI, *op. cit.*, p. 503, ove una precisa e ricca esposizione dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sul punto. È discusso invece il valore giuridico da attribuire alle modalità di trasmissione della comunicazione di recesso. Secondo alcuni, l'osservanza di siffatte modalità inciderebbe sull'efficacia stessa del diritto di recesso, così COLOSIMO, *op. cit.*, 518; secondo altri invece l'osservanza delle modalità di trasmissione del recesso rilevarebbe solo ed esclusivamente sul piano probatorio, così C. MACRÌ, *op. cit.*, p. 75; D. VALENTINO, *op. cit.*, 694, nt. 122.

<sup>80</sup> Stante l'applicazione del principio della strumentalità della forma al raggiungimento dello scopo dell'atto, si ritiene che l'elencazione dei mezzi alternativi di trasmissione della dichiarazione di recesso non sia da considerarsi tassativa, ben potendo il consumatore utilizzare qualsiasi altra modalità equipollente a quelle elencate nell'art. 64 co. 2°, 2<sup>a</sup> proposizione c.cons. Così E. GUERINONI, *op. cit.*, p. 284; G. DE MARZO, *I contratti a distanza, op. cit.*, p. 29; FRATERNALE A., *I contratti a distanza*, Milano 2002, p. 98 ss.; P.M. PUTTI, *op. cit. ibidem*; R. GIAMPETRAGLIA, *op. cit.*, p. 466; E. MINERVINI, voce «*Contratti a distanza*», *Enc. giur. Treccani*, VIII, 2004, p. 10; Trib. Milano 27-1-1997, *Contr.* 98, p. 48

<sup>81</sup> Ed infatti, se così fosse stato, il consumatore avrebbe dovuto preoccuparsi soltanto di curare la correttezza dell'inoltro della dichiarazione di recesso, ferma restando la cessazione di qualsiasi effetto e vincolo giuridico nei confronti del professionista a prescindere dalla sua ricezione o dalla circostanza che la trasmissione stessa avvenga mediante consegna all'ufficio postale o per mezzo di uno degli strumenti alternativi individuati dal legislatore.

Viceversa, stabilendo che le parti sono liberate dalle rispettive obbligazioni soltanto al momento della «ricezione della dichiarazione di recesso da parte del professionista», l'art. 66 c.cons. pone rilevanti problemi applicativi.

Invero, essendo previste una pluralità di procedure per la notificazione della dichiarazione di recesso, il momento di liberazione del consumatore non può certo considerarsi unico e prefissato dal Legislatore, variando esso a seconda del mezzo di trasmissione della comunicazione concretamente impiegato dal consumatore e della velocità che esso assicuri nella trasmissione del recesso al professionista<sup>82</sup>.

Sicché tutte le volte in cui il consumatore segua la più sicura ma, suo malgrado, anche più lenta procedura dell'invio della comunicazione di recesso mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, tra il momento della spedizione e quello della ricezione si verificherà necessariamente un intervallo di tempo, durante il quale assume rilevanza stabilire se tra le parti è possibile l'instaurarsi ovvero il persistere o non di un rapporto giuridico negoziale<sup>83</sup>.

### **7.1 L'efficacia dello *ius poenitendi* al momento della «ricezione» da parte del professionista della dichiarazione di recesso: rilievi critici.**

La soluzione della questione relativa all'individuazione del momento di produzione degli effetti dello *ius poenitendi* è di estrema rilevanza sia dal punto di vista teorico, sia dal punto di vista più propriamente applicativo.

Ciò vale sicuramente in relazione ai contratti aventi ad oggetto un bene: ove infatti il consumatore dovesse considerarsi legato al contratto sino al recapito della dichiarazione di recesso, allora dovrebbero necessariamente gravare su di lui le conseguenze negative derivanti dal concretizzarsi del rischio del perimento o danneggiamento della prestazione verificatasi *medio tempore*, ossia durante

---

<sup>82</sup> Pertanto dovrebbe essere onere del consumatore dimostrare l'avvenuta ricezione della dichiarazione di recesso. Così GUERINONI, *op. cit.*, p. 358.

<sup>83</sup> D. VALENTINO, *op. cit.*, p. 695s. R. SACCO, *Conclusione del contratto cit.*, p. 210, il quale osserva che «il rischio di un ritardo del servizio postale azzererebbe la protezione del consumatore».

l'intervallo di tempo tra l'invio della dichiarazione di recesso e quello della sua ricezione da parte del professionista<sup>84</sup>.

Ma ciò vale anche in relazione ai contratti concernenti la prestazione di servizi, nonostante la disciplina di essi – come sopra ricordato – diverga profondamente da quella relativa ai contratti aventi ad oggetto un bene.

Al riguardo, ferme restando le osservazioni sin qui svolte in relazione al consenso del consumatore ai fini dell'esecuzione della prestazione e all'incidenza dello *ius poenitendi* tanto sul contratto quanto sulla proposta, sembra opportuno distinguere tra l'ipotesi in cui il recesso del consumatore intervenga durante la fase delle trattative dall'ipotesi in cui, viceversa, esso incida su un accordo già perfezionatosi tra le parti.

In particolare, allorché la volontà del consumatore sia stata manifestata mediante la semplice emissione di una proposta negoziale, l'interpretazione letterale dell'art. 66 c.cons., porrebbe la norma in aperto contrasto con quanto previsto all'art. 1328 c.c., ove l'efficacia della revoca è regolata dal principio della «spedizione» e non della «ricezione». Nonostante l'asserita specificità dello *ius poenitendi* – soltanto per il consumatore dovrebbe allora valere un irragionevole e inspiegabile arretramento di tutela rispetto a qualsiasi altro proponente, arretramento consistente nella posticipazione del *dies a quo* di efficacia dello *ius poenitendi* rispetto alla revoca, e nella conseguente più tardiva liberazione del consumatore dal vincolo o impegno assunto col professionista.

Con la conseguenza che al professionista sarebbe concessa la possibilità di iniziare l'esecuzione della prestazione anche durante l'intervallo di tempo compreso tra il *dies* di invio e il *dies* di ricezione della dichiarazione di recesso e di pretendere – in forza dell'art. 48 c.cons. – il corrispettivo per ogni porzione di servizio reso.

Nell'ipotesi in cui, viceversa, il recesso del consumatore si riferisca ad una fattispecie contrattuale già perfezionata, l'interpretazione letterale dell'art. 66 c.cons.

---

<sup>84</sup> A rigore, in questi casi dovrebbe farsi applicazione del principio *res perit domino* e gravare il consumatore del rischio di perimento del bene acquistato: B. COLOSIMO, Sub art. 66-67 c.cons., in *Comm. Vettori cit.*, p. 532. Tuttavia, secondo alcuni, il principio *res perit domino* non trova applicazione ai contratti *extra moenia* in ragione dell'efficacia *ex tunc* del diritto di recesso e della conseguente retroazione del diritto di proprietà sul bene. Al riguardo v. G. BELLANTUONO, *op. cit.*, p. 180; E. GUERINONI, *op. cit.*, p. 357; M. FARNETI, *op. cit.*, p. 505s.

dovrebbe indurre a ritenere che nell'intervallo di tempo necessario affinché la dichiarazione di recesso giunga al professionista, le parti continuano ad essere legate da un vincolo negoziale.

Durante tale intervallo, allora, il professionista potrebbe certamente procedere all'esecuzione della prestazione sulla base di un titolo negoziale e – avvalendosi del dettato dell'art. 48 c.cons., ossia della circostanza che il diritto di recesso del consumatore produce effetti *ex nunc* – potrebbe agevolmente pretendere il corrispettivo per il servizio prestato.

Ciò vale sicuramente qualora il contratto sia ad esecuzione istantanea, posto che il professionista potrà ottenere una soddisfazione totale del suo interesse, provvedendo all'immediata e completa esecuzione del contratto prima della ricezione della dichiarazione di recesso.

Ma ciò vale anche qualora il contratto sia di durata, posto che il tempestivo esercizio dello *ius poenitendi* eviterà al consumatore di pagare soltanto quelle prestazioni che il professionista non abbia ancora eseguito al momento della ricezione della dichiarazione di recesso.

## **7.2. L'efficacia dello *ius poenitendi* al momento dell'«invio» da parte del consumatore della dichiarazione di recesso.**

L'esame dell'art. 66 c.cons. sin qui svolto – e in particolare delle conseguenze cui darebbe luogo la combinazione di tale norma con l'art. 48 c.cons. – consente quanto meno di dubitare che la deroga introdotta dal Legislatore rispetto alla disciplina del Codice civile in materia di efficacia degli atti unilaterali ricettivi abbia raggiunto lo scopo cui essa mirava, ossia assicurare al consumatore un elevato grado di protezione.

In altre parole non sembra revocabile in dubbio la circostanza che l'impossibilità per il professionista di provare l'incolpevole ignoranza della ricezione della dichiarazione di recesso rappresenti una misura, di per sé sola, del tutto insufficiente e inidonea a preservare gli interessi economici del consumatore nella negoziazione porta a porta e a distanza.

D'altro canto, una siffatta deroga rispetto alla disciplina codicistica ha modo di rilevare soltanto dal punto di vista squisitamente teorico: posto che il destinatario della dichiarazione di recesso del consumatore non è un soggetto qualsiasi, bensì è un professionista – ossia colui che conclude il contratto avvalendosi di un'organizzazione *imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale* – costui, anche applicando la regola di cui all'art. 1335 c.c., difficilmente potrebbe dimostrare l'incolpevole ignoranza della dichiarazione di recesso<sup>85</sup>.

Ne consegue che lo scopo di tutela del consumatore avrebbe dovuto suggerire l'introduzione di ben altre deroghe alla disciplina codicistica, la cui portata, era stata oltretutto suggerita dalla stessa direttiva sui contratti porta a porta.

Il tenore letterale dell'art. 66 c.cons. si pone infatti in aperto contrasto con quanto prevede l'art. 5 co. 2° della direttiva comunitaria 85/577/CE, ai cui sensi «con l'invio della comunicazione il consumatore è liberato da tutte le obbligazioni derivanti dal contratto»<sup>86</sup>.

In considerazione allora della circostanza che l'art. 66 c.cons. pone una regola palesemente contraria e antitetica rispetto a quella adottata dal Legislatore europeo, e in considerazione altresì della circostanza che tale regola determina un peggioramento della condizione del consumatore rispetto allo *standard* minimo di tutela individuato dalla direttiva 85/577/CEE, sembrerebbe doversi concludere che la disciplina italiana relativa alle condizioni e alle modalità di esercizio dello *ius poenitendi* si segnala per la scorretta attuazione della direttiva comunitaria.

Sicché, piuttosto che incorrere nelle sanzioni previste per il mancato adempimento degli obblighi europei, sembra opportuno forzare la lettera dell'art. 66 c.cons. e interpretare il diritto interno in misura tale da considerare che il momento della ricezione della dichiarazione di recesso rileva solo ai fini della liberazione del professionista. Viceversa, il consumatore dovrebbe ritenersi sciolto dalle obbligazioni nascenti dal contratto nel momento stesso in cui, seguendo le formalità prescritte dall'art. 64 co. 2°, c.cons., provvede al corretto invio della dichiarazione di

---

<sup>85</sup> F. BOCCHINI, *op. cit.*, p. 63; C.M. BIANCA, *La vendita cit.*, p. 181 s.

<sup>86</sup> La singolarità della scelta compiuta dal legislatore italiano emerge anche dalla comparazione con l'attuazione della direttiva operata in Germania, ove il § 355 co. 1 *BGB*, collega l'efficacia dello *ius poenitendi* alla «*rechtzeitige Absendung*» della *Widerrufserklärung*.

recesso al professionista<sup>87</sup>; invero, proprio l'ultimo inciso di tale disposizione, stabilendo che «l'avviso di ricevimento [della raccomandata contenente la dichiarazione di recesso] non è, comunque, condizione essenziale per provare l'esercizio del diritto di recesso», potrebbe rivelarsi un indice positivo utile e sufficiente a smentire il carattere recettizio del diritto di recesso<sup>88</sup>.

**8. I problemi interpretativi sollevati dall'art. 48 c.cons.: la sproporzione tra il corrispettivo pattuito per l'esecuzione della prestazione di servizi e il servizio effettivamente fornito dal professionista.**

Le disposizioni del Codice del consumo relative agli effetti dello *ius poenitendi* nei contratti porta a porta si caratterizzano e contraddistinguono rispetto alle disposizioni del Codice civile, in ragione della circostanza che esse non sono squisitamente dirette a porre rimedio ad un'ipotesi di disfunzione del rapporto negoziale realizzatasi nella fase di esecuzione dello scambio, bensì a tutelare effettivamente uno dei contraenti contro il rischio di un condizionamento dovuto alle specifiche modalità di conclusione del contratto impiegate dalle parti<sup>89</sup>.

Si spiega così la ragione per cui la posizione del consumatore nel contesto dei contratti porta a porta è “privilegiata” rispetto a quella riconosciuta dal Codice civile ad un qualsiasi contraente di un contratto tipico per la prestazione di servizi.

Invero, se il Legislatore non avesse dettato la norma ora contenuta nell'art. 48 c.cons., l'esercizio del diritto di recesso avrebbe determinato l'insorgenza in capo al consumatore di un'obbligazione pecuniaria ben superiore di quella avente ad oggetto il solo pagamento delle prestazioni già eseguite.

<sup>87</sup> R. CALVO, *op. cit.*, p. 255; A. JANNARELLI, *op. cit.* p. 43.

<sup>88</sup> R. GIAMPETRAGLIA, *Il diritto di recesso nel codice del consumo*, in *Notariato*, 2007, p. 80s.

<sup>89</sup> Cfr. Corte di giustizia dell'UE, 3 settembre 2009, Pia Messner c. Firma Stefan Krüger, C-489/07. *Raccolta della giurisprudenza* 2009 p. I-07315; Corte di giustizia dell'UE, 25 ottobre 2005, Elisabeth Schulte e Wolfgang Schulte c. Deutsche Bausparkasse Badenia AG, C-350/03, *Raccolta della giurisprudenza* 2005 p. I-09215. In entrambe queste sentenze, occasionate rispettivamente da un contratto concluso a distanza e da un contratto concluso fuori dei locali commerciali, i Giudici di Lussemburgo hanno affermato che l'applicazione del diritto nazionale non può contraddire il fine del diritto europeo, essendo in particolare compito degli Stati membri quello di garantire l'effettività del diritto di recesso e la protezione al consumatore contro le conseguenze negative derivanti dal rischio che il professionista violi la disciplina relativa alla conclusione del contratto a distanza o porta a porta.

Per comprendere tale affermazione, è necessario considerare che il recesso del consumatore nei contratti per la prestazione di servizi, in assenza dell'art. 48 c.cons., sarebbe stato disciplinato dalle disposizioni contenute nel Titolo III, Libro IV, del Codice civile, ovvero sia da disposizioni la cui portata precettiva è chiaramente ispirata dalla volontà legislativa di operare un bilanciamento tra la facoltà di recedere *ad libitum* attribuita all'utente di un servizio nei contratti tipici e il diritto della controparte di ottenere una somma comprensiva sia della prestazione effettivamente fornita, sia di quella che sarebbe stata fornita se il contratto avesse avuto regolare e completa esecuzione<sup>90</sup>.

Così avviene nel contratto d'appalto, ove l'art. 1671 c.c. accorda sì al committente il diritto di recedere dal contratto «anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio», ma ciò soltanto a patto che «tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno».

Ragion per cui la dottrina è portata ad affermare che il diritto di recesso nel contratto di appalto – pur sciogliendo il rapporto con efficacia *ex nunc* – produce conseguenze in tutto e per tutto analoghe a quelle previste in ipotesi di risoluzione per inadempimento, consistendo tali conseguenze nell'obbligo per il recedente non solo di versare il corrispettivo pattuito per i lavori eseguiti, bensì anche nell'obbligo di tenere indenne l'appaltatore tanto del danno emergente («spese sostenute»)<sup>91</sup>, quanto del lucro cessante («mancato guadagno»)<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Tale volontà legislativa incontra delle eccezioni nelle sole ed uniche ipotesi in cui il recesso sia legato alla sussistenza di motivi tali da giustificare un trattamento favorevole al recedente. Così avviene nell'art. 1537 co. 2 c.c., ai cui sensi «se la misura risulta superiore a quella indicata nel contratto, il compratore ha facoltà di recedere dal contratto qualora l'eccedenza oltrepassi la ventesima parte della misura dichiarata»; v. altresì l'art. 1660 co. 3 c.c., ove a fronte di necessarie variazioni al progetto, che siano altresì di notevole entità, «il committente può recedere dal contratto ed è tenuto a corrispondere [soltanto] un equo indennizzo».

<sup>91</sup> Tali debbono considerarsi tutte quelle spese che al momento del recesso non erano ancora state tradotte in lavori contrattuali.

<sup>92</sup> Tale è l'utile netto che l'appaltatore avrebbe potuto ricavare dal completamento dell'opera in riferimento ai lavori rimasti ineseguiti. Al riguardo v. D. RUBINO - G. IUDICA, *sub* art. 1671, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2007, p. 497ss. ove si afferma che il diritto di recesso è accordato al committente: «non per regolare la sua responsabilità in modo diverso che nella responsabilità per inadempimento, ma per dargli la possibilità di impedire l'ultimazione dell'opera, risultato che invece senza questo rimedio non avrebbe potuto materialmente raggiungere neanche a prezzo di un atto illecito, cioè di un inadempimento». La stessa *ratio* presiede alla disciplina del diritto di recesso nel contratto d'opera, nel quale, ai sensi dell'art. 2227 c.c., il committente può recedere dal contratto, «ancorché sia iniziata l'esecuzione dell'opera, tenendo indenne il prestatore

Lo stesso potrebbe dirsi in relazione al mandato oneroso, conferito per un tempo determinato o per un determinato affare, posto che ai sensi dell'art. 1725 co. 1 c.c. il diritto di recesso (*rectius* di revoca) esercitato prima della scadenza del termine o del compimento dell'affare, «obbliga il mandante a risarcire i danni»<sup>93</sup>.

Sicché dal mero richiamo di alcune delle disposizioni più rappresentative dei contratti tipici per la prestazione di servizi contemplati nel Codice civile dovrebbe risultare evidente che il consumatore gode di una posizione privilegiata allorché conclude un contratto per la prestazione di servizi in una situazione “porta a porta”: sebbene il contenuto del contratto sia il medesimo la mera circostanza che il negozio sia stato concluso fuori dei locali commerciali determina l'applicabilità dell'art. 48 c.cons. ai cui sensi l'esercizio del diritto di recesso limita l'obbligo del consumatore al corrispettivo delle sole prestazioni che siano state effettivamente eseguite dal professionista.

L'obbligazione pecuniaria gravante in capo al consumatore, quindi – diversamente da quanto previsto dal Codice civile – avrà sempre e solo carattere corrispettivo e il relativo *quantum* dovrà essere determinato tenendo conto soltanto dei lavori eseguiti dal professionista fino al momento del recesso, utilizzando come criterio di calcolo il prezzo contrattualmente convenuto.

Per tale ragione – non riferendosi alla porzione di servizio effettivamente goduta dal consumatore – dovrebbe invece essere esclusa qualsiasi voce funzionale a risarcire il professionista del lucro cessante e dei danni derivanti dall'improvvisa interruzione dell'esecuzione del contratto.

---

d'opera delle spese, del lavoro eseguito e del mancato guadagno»; diversamente però l'art. 2237 c.c. prevede che il cliente, in un contratto che ha per oggetto un'opera intellettuale, può recedere dal contratto, «rimborsando al prestatore d'opera le spese sostenute e pagando il compenso per l'opera svolta».

<sup>93</sup> Vedi però quanto si afferma negli artt. 1723 co. 1 e 1725 co. 1 c.c., ove in ipotesi di mandato oneroso – anche se irrevocabile – la sussistenza di una giusta causa esonera il mandante revocante dall'onere di risarcire i danni al mandatario. In materia di contratto di spedizione vale invece quanto statuisce l'art. 1738 c.c., ai cui sensi «il mittente può revocare l'ordine di spedizione, rimborsando lo spedizioniere delle spese sostenute e corrispondendogli un equo compenso per l'attività prestata». Circa l'interpretazione di queste disposizioni v. G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. Vassalli*, Torino 1957; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXXII, Milano 1984, p. 467 ss. *ivi* gli opportuni riferimenti in merito all'inquadramento della revoca come atto lecito dannoso, oppure come illecito del mandante.

Tali voci di danno potranno semmai essere prese in considerazione soltanto qualora il consumatore eserciti il diritto di recesso successivamente all'estinzione dello *ius poenitendi*, vale a dire tutte le volte in cui la decisione di sciogliere il contratto sia stata assunta dal consumatore dopo il decorso del termine di dieci giorni previsto dall' art. 64 co. 1° c.cons.

### 8.1. Il riequilibrio delle prestazioni in base all'art. 1562 c.c.

La disciplina degli effetti dello *ius poenitendi* – sia nelle ipotesi in cui il contratto abbia ad oggetto beni sia nelle ipotesi in cui il contratto abbia ad oggetto la prestazione di servizi – è espressione di un “sistema restitutorio”, a fondamento del quale vi è l'intenzione del Legislatore di garantire il ripristino della situazione di fatto preesistente alla conclusione ed esecuzione del contratto, senza interferire sull'equilibrio fra le sfere patrimoniali delle parti.

Richiamandosi al rapporto tra le prestazioni, una parte della dottrina ha ritenuto di poter trarre argomenti decisivi per tutelare il consumatore contro la previsione di un obbligo di pagamento sproporzionato rispetto all'oggettivo valore del servizio fornito dal professionista.

È questo un rischio che ha modo di manifestarsi soprattutto nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, poiché lo svolgersi nel tempo di tali rapporti negoziali offre al professionista la possibilità di sfruttare la sua maggiore esperienza e forza contrattuale, per ottenere l'inserzione in contratto di clausole che impongano al consumatore di pagare elevati costi di attivazione del servizio ovvero un corrispettivo più elevato soltanto in relazione alle prime prestazioni, presentando invece come gratuite o più economiche l'esecuzione di quelle successive<sup>94</sup>.

In questi casi è chiaro che, pur esercitando tempestivamente lo *ius poenitendi*, la tutela apprestata dall'art. 48 c.cons. sarebbe notevolmente compressa: dal punto di

---

<sup>94</sup> In questo senso v. G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 739, che espressamente si riferisce «alla prassi di imputare il corrispettivo, con apposito patto, non proporzionalmente al servizio prestato, ma in misura maggiore (o, al limite, esclusiva) alla prima frazione di questo»; P. GELLI, *Commentario al d.lg. 15 gennaio 1992, n. 50*, a cura di Lipari, *sub art. 7*, p. 218, ove si riporta l'esempio del contratto avente ad oggetto la partecipazione ad un corso composto da numerosi lezioni, «il cui corrispettivo sia concentrato per la massima parte nelle prime lezioni».

vista meramente economico l'obbligazione pecuniaria a carico del consumatore potrebbe infatti essere analoga – se non addirittura più elevata – di quella che si avrebbe in ipotesi di esercizio del recesso codicistico.

Sembrerebbe essere questo il presupposto per comprendere l'interpretazione avanzata da una parte della dottrina, secondo la quale tali rischi potrebbero essere evitati se l'obbligazione gravante in capo al consumatore fosse determinata mediante il riferimento al principio sancito nell'art. 1562 c.c.<sup>95</sup>

Considerando che la posizione del consumatore a seguito dell'esercizio dello *ius poenitendi* non dovrebbe poter essere peggiore rispetto a quella di un qualsiasi contraente in un contratto per la prestazione di servizi, si dovrebbe allora elevare la norma dettata in materia di somministrazione a principio generale e inderogabile, in forza del quale il prezzo dovuto dal consumatore deve essere «*corrisposto all'atto delle singole prestazioni e in proporzione di ciascuna di esse*»<sup>96</sup>.

## 8.2. La nullità dell'accordo che prevede una sproporzione tra le prestazioni.

L'interpretazione volta a riequilibrare il rapporto tra le prestazioni mediante il rinvio alle norme in materia di somministrazione, per quanto animata dal lodevole intento di tutelare il consumatore dai concreti rischi endogeni alla contrattazione *extra moenia*, non è stata accolta dalla dottrina più autorevole<sup>97</sup>.

Al di là del carattere dispositivo dell'art. 1562 c.c., si è infatti obiettato che la funzione assoluta dalla norma non è propriamente quella di imputare il corrispettivo in proporzione delle singole prestazioni, bensì più semplicemente di individuare le scadenze in cui lo stesso corrispettivo debba essere versato<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> Ai sensi dell'art. 1562 c.c.: «Nella somministrazione a carattere periodico il prezzo è corrisposto all'atto delle singole prestazioni e in proporzione di ciascuna di esse. Nella somministrazione a carattere continuativo il prezzo è pagato secondo le scadenze d'uso».

<sup>96</sup> Così D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive cit.*, p. 244ss.

<sup>97</sup> G. GABRIELLI, *L'attuazione in Germania e in Italia della direttiva europea sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali cit.*, p. 739, secondo il quale sarebbe assurdo «imporre per legge la proporzionalità di tale imputazione, negando il rilievo delle economie di scala».

<sup>98</sup> Così G. GABRIELLI, *op. cit.*, *ivi*. Si veda anche: G. COTTINO, *Sub art. 1562 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Milano 1970, p. 137, secondo cui la norma in questione «costituisce una trasposizione, riveduta e corretta, nel campo dei contratti di durata, della regola enunciata per la vendita dal secondo comma dell'art. 1498».

A ciò si aggiunga che – anche volendo ammettere che la disciplina in materia di somministrazione contenga indici utili per riequilibrare la proporzione tra il corrispettivo dovuto dal consumatore e la prestazione di servizi eseguita dal professionista – il riferimento all’art. 1562 c.c. non consentirebbe comunque di soddisfare pienamente lo scopo di tutela del consumatore in tutte le ipotesi di costi legati all’esercizio dello *ius poenitendi*.

Invero, l’applicazione testuale della norma renderebbe necessario distinguere i casi in cui l’obbligazione pecuniaria gravante sul consumatore debba essere adempiuta a titolo di “corrispettivo” (e sia quindi suscettibile di riduzione proporzionalmente al servizio reso) dai casi in cui l’obbligo di pagamento non sia previsto a titolo di corrispettivo per l’esecuzione della prestazione principale, ma trovi la sua giustificazione in voci di carattere ancillare, surrettiziamente inserite in contratto per risarcire il professionista delle spese sostenute e del mancato guadagno<sup>99</sup>.

Più lineare dal punto di vista logico, e coerente con la *ratio* di tutela del consumatore che ispira la disciplina dello *ius poenitendi*, si rivela allora l’interpretazione secondo cui è *nullo qualsiasi accordo* in forza del quale il mero esercizio del diritto di recesso determina l’insorgere in capo al consumatore di un’obbligazione pecuniaria sproporzionata rispetto al valore economico delle prestazioni eseguite dal professionista<sup>100</sup>.

Un siffatto accordo – se non altrimenti giustificato – è senz’altro idoneo a comprimere, sino ad eliminare del tutto, le caratteristiche della libertà e gratuità dell’esercizio dello *ius poenitendi* e, proprio per tale ragione, è viziato dall’invalidità sancita nell’art. 143 co. 1, 2<sup>a</sup> proposizione c.cons. per *ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del Codice del consumo*<sup>101</sup>. Secondo alcuni, tuttavia, il riferimento al principio sancito all’art. 143 c.cons. potrebbe rivelarsi eccessivamente generico: più opportuno sarebbe allora riferirsi all’art. 33, co. 1 c.cons., al fine di

---

<sup>99</sup> Sicché l’art. 1562 c.c. potrebbe essere utile soltanto nel primo caso, ovverosia nell’ipotesi in cui l’obbligazione gravante sul consumatore abbia ad oggetto il corrispettivo per l’esecuzione della prestazione di servizi.

<sup>100</sup> Così G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 739s.; CALDERALE-VITI, *op. cit.* p. 162; ; P. GELLI, *op. cit.*, p. 218s.; F. ASTONE, in *Comm. al d.lgs. 15 gennaio 1992 n. 50 cit.*, p. 224; C. MACRÌ, *op. cit.*, p. 88; F. BOCCHINI, in *Dir. dei consumatori e nuove tecnologie cit.*, p. 64.

<sup>101</sup> P. GELLI, *sub art. 7*, in *Commentario al d.lg. 15 gennaio 1992, n. 50 cit.*, p. 218s.; G. GABRIELLI, *op. cit.*, *ibidem*.

rilevare la vessatorietà della clausola che, aggravando l'obbligo di pagamento della prestazione eseguita dal professionista, scoraggerebbe il consumatore dall'esercizio del diritto di recesso e finirebbe così per incidere sull'equilibrio dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto<sup>102</sup>.

Orbene, a prescindere dall'indirizzo cui si intenda aderire, sembra possibile affermare che, ricorrendo questi presupposti, l'esercizio del diritto di recesso determina – per il medio dell'art. 143 c.cons. o dell'art. 33 co. 1 c.cons. – l'impossibilità per il professionista di fondare le sue pretese su un titolo negoziale. Ciò posto, emerge però il rilevante problema di individuare il regime normativo applicabile per determinare il *quantum* dell'obbligazione pecuniaria gravante in capo al consumatore a seguito dell'esercizio dello *ius poenitendi*<sup>103</sup>.

Sembra innegabile, infatti, che nonostante l'esercizio del diritto di recesso e la nullità della clausola o pattuizione su cui si fondava il diritto del professionista a ricevere un corrispettivo sproporzionato, costui abbia almeno diritto di ottenere un rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione della prestazione di servizi<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Al riguardo v. M. FARNETI, *op. cit.*, p. 524. In giurisprudenza v. Trib. Pescara, 30 agosto 2011, ove si afferma che «Nei contratti di vendita di pacchetti turistici [...] può essere dichiarata la vessatorietà e dunque la nullità di quella clausola che consenta all'organizzatore di trattenere la somma che si concreta nel corrispettivo per tutte le prestazioni che il consumatore non ha ricevuto». Circa le ripercussioni della nullità della clausola sulla validità del contratto v. P. GELLI, *op. cit.*, p. 218; O. LANZARA, *op. cit.*, 406, secondo il quale sarebbe applicabile l'art. 1419 c.c. «che appunto esprime la generale tendenza dell'ordinamento alla conservazione degli atti di autonomia negoziale». Vedi anche F. BOCCHINI, *op. ult. cit.*, p. 64, ove si afferma che in queste ipotesi potrebbe trovare applicazione il principio sancito dall'art. 1526 co. 2, c.c. in materia di vendita con riserva di proprietà, che autorizza il giudice a ridurre l'indennità convenuta. Vedi anche C. PILIA, *op. cit.*, 564; ove si afferma che la nullità della clausola potrebbe essere evitata qualora il suo contenuto concreto consenta di interpretarla alla stregua di una "penale", e sia pertanto consentito al consumatore accedere al meccanismo giudiziale di riduzione dell'ammontare pattuito *ex art.* 1384 c.c.

<sup>103</sup> Così A. CALDERALE - D. VITI, *Condizioni e modalità di esercizio del recesso*, in JANNARELLI, *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, Napoli 1995, p. 162.; C. MACRÌ, *op. cit.* p. 88; P. GELLI, *op. cit.*, p. 216. In riferimento ai poteri del giudice di integrare il contenuto del contratto, v. la recentissima sentenza della Corte di giustizia dell'UE, 14 giugno 2012, Banco Español de Crédito SA contro Joaquín Calderón Camino, C-618/10, *JuristenZeitung*, 2012, p. 961, ove in relazione all'ipotesi di vessatorietà della clausola di determinazione del tasso di interessi, espressamente afferma che «spetta al giudice del rinvio verificare quali siano le norme nazionali applicabili alla controversia della quale è investito e adoperarsi al meglio nei limiti della sua competenza, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo».

<sup>104</sup> In questo senso anche F. BOCCHINI, *op. cit.*, p. 64 secondo cui soltanto se «la messa in opera [del servizio] comporta spese generarli di impianto specifiche per il caso concreto e dunque non

### 8.3. La determinazione dell'obbligazione pecuniaria gravante in capo al consumatore.

#### 8.3.1. L'applicabilità della disciplina del pagamento d'indebito.

Pur essendo pacifico che la determinazione dell'obbligazione a carico del consumatore debba essere ispirata a principi di equità e proporzionalità, risulta particolarmente complessa l'indagine in merito ai criteri e alle regole che debbono guidare il giudizio dell'interprete<sup>105</sup>.

Ne consegue che, a rigore, il riferimento normativo più immediato dovrebbe essere rappresentato dall'art. 2033 c.c., avendo la disciplina del pagamento dell'indebito la precipua funzione di rimuovere gli effetti di uno spostamento patrimoniale ingiustificato<sup>106</sup>.

Secondo l'insegnamento comune, gli artt. 2033 ss. sono applicabili in tutte le fattispecie in cui «la prestazione sia stata compiuta in assenza di un titolo giuridico, per mancanza iniziale o sopravvenuta o illiceità della *causa solvendi*»<sup>107</sup> e, quindi, *a fortiori* dovrebbero esserlo anche nell'ipotesi in cui il servizio fornito dal professionista al consumatore si risolva in una prestazione eseguita sulla base di un titolo negoziale nullo per contrarietà alla norma imperativa sancita nell'art. 143 c.cons.<sup>108</sup>

riutilizzabili nel mercato, tali spese in qualche modo devono trovare un proporzionale ristoro secondo un principio integrativo di buona fede».

<sup>105</sup> Il Codice civile, infatti, contempla numerose disposizioni che prevedono l'estinzione di un rapporto negoziale, senza tuttavia comporre un quadro normativo di portata autenticamente generale degli obblighi restitutori conseguenti all'inefficacia originaria o sopravvenuta di un contratto. Così E. BARGELLI, *Sinallagma rovesciato e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 87s., la quale colloca l'art. 48 c.cons. nel solco delle disposizioni dettate nell'art. 1445 c.c. (in tema di annullamento), nell'art. 1458 c.c. (in tema di di risoluzione per inadempimento), nell'art. 1452 c.c. (in tema di rescissione).

<sup>106</sup> È infatti alla disciplina dell'indebito che si richiama l'art. 1463 c.c., in tema di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, per stabilire che la parte liberata non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta.

<sup>107</sup> Circa l'applicabilità della disciplina del pagamento dell'indebito v. E. MOSCATI, voce «*Indebito (pagamento dell')*», in *Enc. dir.*, XXI, 1971, p. 86, ID, *Pagamento dell'indebito*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1981, p. 168; P. TRIMARCHI, *Arricchimento senza causa*, Milano 1962, p. 28s.; U. BRECCIA, *Ripetizione dell'indebito*, Milano 1974, p. 42;

<sup>108</sup> Cfr. E. MOSCATI, *op. cit.*, p. 138; U. BRECCIA, *Ripetizione dell'indebito*, cit., p. 255s. Circa i rapporti tra nullità e azione di ripetizione v. anche P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965 p. 28ss

È stato però opportunamente sottolineato che la disciplina codicistica dell'indebito non è modellata sull'ipotesi di un contratto sinallagmatico, bensì «sull'ipotesi di una isolata prestazione non dovuta»<sup>109</sup>.

Questa circostanza non pregiudica l'applicabilità degli artt. 2033ss. tutte le volte in cui il contratto abbia ad oggetto prestazioni suscettibili di essere integralmente ripetute, nello stato in cui esse si trovavano al momento della conclusione del contratto. Così avviene ad esempio se le parti concludono un contratto di compravendita: considerando che la disciplina dell'indebito mira alla *restitutio in integrum* della situazione giuridica ed economica preesistente all'esecuzione del contratto, questa ben può essere realizzata mediante la restituzione del bene contro il prezzo.

Viceversa, qualora la prestazione non dovuta si risolva in una prestazione insuscettibile di essere ripetuta (per sua stessa natura oppure per il verificarsi di determinate circostanze successive alla sua esecuzione), gli artt. 2033ss. risultano di difficile applicabilità, atteso che, in questi casi, il ripristino dello *status quo ante* la stipulazione del contratto «non si esaurisce nel determinare se l'*accipiens* sia o meno debitore di una prestazione restitutoria (sostitutiva di quella divenuta impossibile), ma coinvolge anche la sorte della controprestazione»<sup>110</sup>.

Così avviene in relazione ai contratti aventi ad oggetto beni, nei quali la determinazione dell'obbligazione restitutoria gravante sul *solvens*, deve tenere conto del perimento, uso, consumazione, deterioramento o trasformazione della prestazione ricevuta dall'*accipiens*<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Così E. BARGELLI, *Sinallagma rovesciato e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 92.

<sup>110</sup> Così sempre E. BARGELLI, *op. ult. cit.*, p. 93. Vedi però anche v. E. MOSCATI, *op. cit.*, p. 168, ove espressamente si afferma che «l'ammissibilità, o il diniego, della *condictio* non può dipendere dal contenuto della prestazione del *solvens*, che semmai potrà influire sul tipo ed i limiti della restituzione».

<sup>111</sup> In relazione a questi casi vi sono due opposti indirizzi interpretativi: l'uno, che nega l'applicabilità della disciplina dell'indebito, perché – sulla scorta di quanto statuisce l'art. 1492 co. 3, 2<sup>a</sup> proposizione c.c. – nega la stessa possibilità di giungere allo scioglimento del contratto. Al riguardo v. Cass. civ., 24 maggio 2002, n. 7619, in *Notariato*, con nota di B. MALAVASI, *Garanzie per vizi e trasformazione dell'appartamento venduto*; Cass. civ., 11 ottobre 2000, n. 13533, in *Mass. Foro it.* 2000; l'altro che riconosce l'applicabilità dell'art. 2037 c.c. – adattando però il criterio della buona fede dell'*accipiens* al caso di specie, ovvero escludendo che essa possa giovare qualora sia dipesa da colpa grave – allorché il trasferimento del bene sia avvenuto sulla base di un titolo nullo o annullato. Al riguardo v. Cass. civ., 17 aprile 1993, n. 4553, in *Foro it.*, 1994, I, p. 1752; Cass. civ. 15 dicembre 1982, n. 6918, in *Mass. Foro it.*, 1982.

Così avviene soprattutto nei contratti aventi ad oggetto una prestazione di servizi, nei quali atteso la natura stessa della prestazione – consistente in un fare insuscettibile di essere ripetuto – non è configurabile la *restitutio in integrum* della situazione di fatto anteriore all'esecuzione del contratto<sup>112</sup>.

Le ragioni principali per le quali si rende opportuno escludere l'applicabilità della disciplina dell'indebito alla ripetizione delle prestazioni di *facere* sono essenzialmente riconducibili, per un verso, alla considerazione che la disciplina dell'indebito è una disciplina *sach-orientiert*, nel senso che essa è stata concepita innanzitutto per consentire il recupero di cose<sup>113</sup>; per un altro verso, alla considerazione che le disposizioni degli artt. 2033ss. c.c. articolano il contenuto dell'obbligazione restitutoria in capo all'*accipiens* a seconda della buona o mala fede di costui.

Orbene, questi rilievi dovrebbero considerarsi decisivi per escludere il riferimento agli artt. 2033. c.c. ai fini della determinazione del *quantum* dell'obbligazione pecuniaria gravante in capo al consumatore per l'avvenuta ricezione e godimento di una prestazione di servizi, eseguita in forza di un titolo negoziale invalido.

In particolare, proprio la rilevanza dello stato soggettivo dell'*accipiens* nella disciplina del pagamento d'indebito sembra assumere un peso specifico<sup>114</sup>: il fattore sorpresa, che caratterizza la negoziazione porta e porta, unitamente alla discrezionalità dell'esercizio dello *ius poenitendi*, rappresentano infatti indici

---

<sup>112</sup> Al riguardo la giurisprudenza è univoca nell'escludere l'applicabilità della disciplina dell'indebito: Cass. civ., 18 luglio 2002, n. 10427; Cass. civ., sez. II, 4 novembre 1994, n. 9063, in *Contratti*, 1995, p. 172, con nota di V. FRANCESCHELLI, *L'agente di fatto*; Cass. civ., 10 giugno 1992, n. 7112, in *Mass. Foro it.*, 1992; Cass. 13 novembre 1991, n. 12093, in *Mass. Foro it.*, 1991.

<sup>113</sup> In tal senso P. RESCIGNO, voce «*Ripetizione dell'indebito*», in *Nov. Dig. it.*, XV, Torino 1968, p. 1226, ove si afferma che la «legge parla di *pagamento*» dovendosi intendere per tale nella più ampia nozione di adempimento solo l'«esecuzione della prestazione dovuta nelle obbligazioni di *dare*». Così anche P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, in *Tratt. Sacco*, Torino 2008, p. 130; F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano 1998, p. 56ss.

<sup>114</sup> Al riguardo v. E. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*» e *ripetizione dell'indebito cit.*, p. 102, secondo la quale, l'applicabilità delle norme sull'indebito sarebbe limitata «per un verso, [dal fatto che esse sono] incomplete, in quanto trascurano di considerare le prestazioni di fare o di lasciar godere; per un altro verso, [dal fatto che esse] articolano il contenuto dell'obbligazione restitutoria a seconda della buona o della mala fede di chi ha ricevuto l'indebito». In relazione ai profili di compatibilità tra la *ratio* dell'art. 2033 c.c. e le diverse disposizioni del nostro ordinamento che prevedono un obbligo di restituzione v. P. SCHLESINGER, «*Arricchimento (azione di)*», in *Nov. dig. it.* II, 1974, p. 1005.

normativi incompatibili con la ricerca e l'appuramento dello stato soggettivo delle parti.

### 8.3.2. L'applicabilità della disciplina dell'arricchimento senza causa.

La determinazione dell'obbligazione pecuniaria a carico del consumatore mediante applicazione dei principi e delle regole proprie della disciplina del pagamento d'indebito solleva alcune perplessità.

Invero sembra opportuno – se non doveroso – sottolineare che le norme di cui agli artt. 2033 ss. non forniscono indici utili per evitare che i professionisti impongano ai consumatori prezzi sproporzionati nei contratti conclusi fuori dei locali commerciali<sup>115</sup>.

Viceversa, conforme alla *ratio* di tutela del consumatore sembrerebbe essere la disciplina dell'arricchimento senza causa, essendo essa legata alla sussistenza di presupposti di carattere strettamente oggettivo volti a dare attuazione al principio per cui *iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem*<sup>116</sup>.

Premessa la natura generale e sussidiaria dell'azione fornita dall'art. 2041 c.c., sembra si possa affermare che l'ipotesi da noi considerata (*id est* la determinazione dell'obbligo del consumatore di indennizzare il professionista per la prestazione di servizi eseguita sulla base di un titolo invalido) rappresenti la naturale conseguenza della fattispecie in cui taluno «senza una giusta causa, si [sia] arricchito a danno di un'altra persona [e sia perciò] tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale».

---

<sup>115</sup> In questo caso, infatti, la dottrina sostiene che tutte le volte in cui la prestazione non sia restituibile dall'*accipiens* (*id est* dal consumatore) nella sua individualità, vuoi perché si tratta di cosa andata distrutta, consumata, smarrita, oppure perché – come avviene di regola per la prestazione di servizi – essa consiste in un *facere* o in un non *facere*, le norme di cui agli artt. 2033ss., c.c. attribuiscono a chi l'ha eseguita (*id est* al professionista), il diritto di ottenere una retribuzione almeno pari al corrispettivo. Al riguardo v. P. TRIMARCHI, *Arricchimento senza causa*, Milano 1962, p. 135s., secondo cui, in quest'ottica, il corrispettivo pattuito dovrebbe rappresentare un minimo invalicabile, al di sotto del quale non può scendere l'arricchimento dell'*accipiens*.

<sup>116</sup> Principio risalente a Pomponio, in D. 50, 17, 206. Circa la portata generale di tale principio v. C.M. BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, V, Milano 1995, p. 809.

L'«arricchimento» contemplato dalla norma è stato infatti interpretato nel senso che – escluso il vantaggio meramente morale – esso possa essere riferito a qualsiasi forma di incremento patrimoniale o di risparmio di spesa, sia esso quantitativo o qualitativo, e quindi *a fortiori* anche a quello consistente nella ricezione e nel godimento di una prestazione di servizi eseguita dal professionista<sup>117</sup>.

Altresì certo è che l'esecuzione della prestazione da parte del professionista sia idonea ad integrare un «danno altrui», avendo tale nozione un contenuto prettamente economico che – lungi dall'identificarsi nella lesione di una situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento – si risolve in qualsiasi perdita o decremento del patrimonio, quale appunto è quello determinato dalle spese sostenute per la fornitura del servizio<sup>118</sup>.

Nessun dubbio dovrebbe infine sussistere circa la correlazione tra l'arricchimento del consumatore e l'impovertimento del professionista, atteso che l'incremento patrimoniale o risparmio di spesa del consumatore intanto può considerarsi occasionato, perché è avvenuta l'esecuzione della prestazione di servizi da parte del professionista: con la conseguenza che tra i due fenomeni sussiste quella correlazione, quel nesso di «necessità storica», indispensabile per affermare che «l'uno non si sarebbe verificato senza il manifestarsi dell'altro»<sup>119</sup>.

Più complesso invece si rivela l'analisi circa l'assenza di una giusta causa, attesa la pluralità di teorie e indirizzi interpretativi in merito a questo presupposto normativo<sup>120</sup>. Tuttavia tra le diverse ricostruzioni operate dalla dottrina, quella che appare più convincente induce ad abbandonare qualsiasi intento classificatorio di carattere positivo e unitario, e a ritenere che l'elaborazione di una nozione di giusta causa non possa prescindere dalla considerazione della funzione che l'art. 2041 c.c. è chiamato a svolgere nel nostro ordinamento<sup>121</sup>.

---

<sup>117</sup> Così P. D'ONOFRIO, *Arricchimento senza causa*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 584ss.; P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 1008.

<sup>118</sup> P. SCHLESINGER, *op. cit.*, *ibidem*; A. ZACCARIA, *Sub art. 2041 c.c.*, in *Comm. Cian-Trabucchi*, Padova 2009, p. 2129ss.

<sup>119</sup> Così A. TRABUCCHI, *voce «Arricchimento»*, in *Enc. dir.*, III, 1958, p. 72

<sup>120</sup> Per una sintesi dei diversi indirizzi v. A. ZACCARIA, *Sub art. 2041 c.c.* in *Comm. Cian-Trabucchi*, Padova 2009, p. 2131.

<sup>121</sup> Così P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 1006s.

Con la conseguenza che essendo la disciplina dell'arricchimento senza causa preposta alla tutela di quelle situazioni giuridiche sprovviste di uno specifico riconoscimento normativo, la giustificazione di uno spostamento patrimoniale può essere valutata soltanto in relazione al caso concreto e sulla base di un giudizio storico ed equitativo: tale giudizio, se riferito all'ipotesi del contratto per la prestazione di servizi concluso porta a porta, dovrebbe allora necessariamente condurre a ritenere ingiustificata anche la fornitura del servizio compiuta dal professionista, essendo venuto meno il titolo in base al quale essa è stata eseguita e non sussistendo altre azioni la cui disciplina sia compatibile con la *ratio* del diritto di recesso, e che consentano al *solvens* di essere indennizzato dello spostamento patrimoniale che ha arricchito il consumatore.

Attesa quindi l'applicabilità dell'art. 2041 c.c. nei casi *de quo*, l'obbligazione pecuniaria gravante in capo al consumatore avrà natura *extra* contrattuale e sarà diretta ad indennizzare il professionista soltanto in merito alla diminuzione patrimoniale da questi subita in ragione dell'esecuzione della prestazione di servizi<sup>122</sup>.

Ferma restando, quindi, l'esclusione del lucro cessante, deve però sottolinearsi che la giurisprudenza di legittimità impiega criteri di calcolo dell'indennizzo spettanti al *solvens* tutt'altro che uniformi<sup>123</sup>.

In alcune pronunce si stabilisce infatti che la quantificazione dell'indennizzo può essere effettuata utilizzando la tariffa professionale come parametro di valutazione<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> Circa il calcolo dell'indennizzo spettante al *solvens* v. però anche Cass. civ., 26 settembre 2005, n. 18785 ove si afferma che «Ai fini dell'indennizzo dovuto per l'arricchimento senza causa, l'art. 2041 cod.civ. considera solo la diminuzione patrimoniale subita dal soggetto e non anche il lucro cessante, che è altra componente, separata e distinta, del danno patrimoniale complessivamente subito alla stregua dell'art. 2043 cod.civ., ma espressamente escluso dall'art. 2041 cod.civ. Ne consegue che l'azione di arricchimento è ammissibile solo limitatamente a quanto un soggetto abbia fatto proprio, apportando contemporaneamente una diminuzione patrimoniale all'altro soggetto».

<sup>123</sup> Circa l'incompatibilità della pretesa al risarcimento del lucro cessante con l'azione *ex art.* 2041 c.c., vedi: Cass. civ., sez. un., 10 settembre 2009, n. 19448, nella cui massima si afferma che la domanda di indennizzo per arricchimento senza causa e quella di risarcimento danni da responsabilità aquiliana «non sono intercambiabili, in quanto diverse per *causa petendi* e *petitum*, poiché nella prima la causa dello spostamento patrimoniale non deve essere qualificata come anti-giuridica e l'indennizzo deve essere ragguagliato alla minor somma tra l'arricchimento e il depauperamento».

In altre pronunce, invece, escluso il riferimento alle tariffe professionali, si statuisce che l'indennizzo previsto dall'art. 2041 c.c. deve corrispondere alla minor somma tra l'arricchimento ricevuto da chi si sia avvantaggiato della prestazione senza causa, e la diminuzione patrimoniale subita da chi ne sia stato impoverito<sup>125</sup>.

Orbene, il secondo dei surriferiti indirizzi interpretativi si rivela certamente più favorevole al consumatore nella determinazione del *quantum* dovuto al professionista per l'esecuzione della prestazione di servizi.

Ciononostante, gli argomenti decisivi per l'adesione a tale indirizzo risiedono non tanto (o non solo) nella necessità di scoraggiare il professionista dalla prassi di imporre al consumatore un prezzo sproporzionato rispetto al servizio reso in pendenza del termine per recedere – necessità in ogni caso suffragata dal carattere sanzionatorio dell'art. 143 c.cons. – quanto piuttosto nell'ovvia considerazione che non sempre i professionisti, che offrono servizi fuori dei locali commerciali, sono soggetti all'iscrizione in appositi albi professionali; conseguentemente sarebbe incoerente stabilire che l'importo per il servizio eseguito in pendenza del diritto di recesso debba essere calcolato in via generale sulla base delle tariffe professionali.

---

<sup>124</sup> Così Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2011, n. 19942; Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2011, n. 19942, ove si afferma che «nella liquidazione dell'indennizzo di cui all'art. 2041 c.c. non trova applicazione l'art. 6, l. 1 luglio 1977 n. 404, sull'onere del professionista di documentare le spese forfetarie effettivamente sostenute e delle quali si chiede il rimborso, tenuto conto del carattere indennitario della somma dovuta, dovendo il giudice del merito procedere alla liquidazione di un compenso globale che tenga conto delle spese richieste valutandone la presumibilità in ragione dell'entità del lavoro svolto».

<sup>125</sup> Cass. civ., sez. I, 14 ottobre 2011, n. 21227; Cass. civ., sez. un., 10 settembre 2009, n. 19448; Cass. civ., sez. I, 18 giugno 2008, n. 16596, ove espressamente si esclude il riferimento alle tariffe professionali per il calcolo dell'indennizzo dovuto ad un professionista per l'ingiustificato arricchimento di una p.a. in relazione ad un progetto, pur difforme dall'incarico conferito. Si veda altresì Cass. civ., sez. lav., 26-06-2001, n. 8752, con specifico riferimento all'ipotesi in cui l'indennizzo debba essere commisurato in relazione ad una prestazione (come l'insegnamento) priva di un prezzo di mercato, la S.C. – dopo aver ribadito l'applicabilità del criterio della minor somma tra arricchimento e depauperamento – afferma che «la valutazione della diminuzione patrimoniale può essere commisurata al compenso previsto in analogo contratto di diritto privato di insegnamento a tempo determinato, il quale viene assunto come parametro di quantificazione e non quale effetto di un obbligo contrattuale».

### SEZIONE III

La disciplina delle condizioni di esercizio dello *ius poenitendi* nei contratti per la prestazione di servizi conclusi a distanza

#### 1. Art. 55 co. 2°, lett. a) c.cons. come eccezione allo *ius poenitendi*.

L'analisi della disciplina degli effetti dello *ius poenitendi* nei contratti conclusi porta a porta consente di affermare che le questioni interpretative sollevate dall'art. 48 c.cons. sono in larga parte dovute alla circostanza per cui questa norma, per un verso, prevede l'efficacia *ex nunc* dello *ius poenitendi* e, per un altro verso, non eleva il consenso del consumatore a presupposto indispensabile e imprescindibile per l'esecuzione della prestazione di servizi in pendenza del termine per recedere.

In ragione di ciò, dovrebbe essere certamente apprezzata la scelta compiuta dal Legislatore in relazione ai contratti conclusi a distanza, atteso che l'art. 55 co. 2°, lett. a) c.cons. espressamente consente al professionista di eseguire la prestazione di servizi durante il termine per recedere soltanto previo assenso del consumatore.

Tuttavia, fedeli al metodo sin qui seguito, preme sottolineare che la disciplina dello *ius poenitendi* dettata dall'art. 55 c.cons., piuttosto che un modello da imitare per limitare i problemi interpretativi sollevati dall'art. 48 c.cons., dovrebbe essere considerata un'opportunità per valutare se e a quali condizioni il consenso del consumatore all'esecuzione della prestazione possa considerarsi uno strumento utile e sufficiente per tutelare il contraente debole<sup>126</sup>.

Ragioni di coerenza e chiarezza nell'analisi della disposizione impongono innanzitutto di rilevare che anche la rubrica dell'art. 55 c.cons. – al pari di quella dell'art. 48 c.cons. – si riferisce alle «esclusioni» del diritto di recesso.

Diversamente dalla disciplina dei contratti porta a porta, però, il tenore letterale della disposizione – stabilendo che «il consumatore non può esercitare il

---

<sup>126</sup> In genere infatti si è soliti richiamare l'art. 55 c.cons. per indicare la migliore soluzione ai problemi applicativi sollevati dall'art. 48 c.cons. Al riguardo v. M. FARNETI, *Sub art. 48 c.cons.*, in *Comm. De Cristofaro - Zaccaria*, Padova 2010, p. 436.

diritto di recesso [...] nei casi di fornitura di servizi la cui esecuzione sia iniziata, con l'accordo del consumatore, prima della scadenza del termine previsto dall'articolo 64, comma 1» – lascia chiaramente intendere che l'esecuzione del contratto non si ripercuote sulla sola efficacia *ex tunc* dello *ius poenitendi*<sup>127</sup>, ma involge la stessa possibilità per il consumatore di esercitare il diritto di recesso. Parrebbe doversi concludere che, in relazione ai contratti a distanza, la diversità di disciplina tra contratti aventi ad oggetto un bene e contratti aventi ad oggetto un servizio risulta ancora più evidente, posto che, per questi ultimi, la scelta del Legislatore non è stata nel senso di limitare la portata dell'efficacia dello *ius poenitendi*, bensì addirittura di escludere nettamente la stessa possibilità per il consumatore di sciogliere il negozio.

Ciononostante, si è sostenuto che tale differenza di regime tra beni e servizi – analogamente a quanto previsto nell'art. 48 c.cons. – si dovrebbe fondare pur sempre sulle peculiarità della prestazione caratteristica del negozio.

Comunemente si afferma che, ove l'obbligazione gravante sul professionista concerna la consegna di un bene, l'esercizio del diritto di recesso non procura alcun danno al venditore, poiché questi, dopo lo scioglimento del contratto, a rigore, potrà ottenere nuovamente la disponibilità materiale e giuridica del bene. Ove invece il professionista sia tenuto alla fornitura di un servizio, la sua esecuzione preclude l'esercizio del diritto di recesso, perché, se così non fosse – data l'irripetibilità della prestazione – il professionista subirebbe un evidente danno patrimoniale<sup>128</sup>.

Orbene, pur potendosi senz'altro condividere l'idea secondo cui la disciplina dello *ius poenitendi* nei contratti per la prestazione di servizi conclusi a distanza è espressione dell'intenzione del Legislatore di raggiungere una sorta di bilanciamento tra le istanze di tutela del consumatore e le istanze di tutela del mercato, non può altrettanto essere condivisa l'idea per cui tale bilanciamento sia stato realizzato

---

<sup>127</sup> Così come accade nei contratti porta a porta. Al riguardo v. *supra*

<sup>128</sup> Così F. TORIELLO, *La direttiva sulle vendite a distanza: prime note di commento*, in *Contr. impr. eur.*, 1997, p. 853; A. FRATERNALE, *I contratti a distanza cit.*, p. 113s.; G. DE MARZO, *I contratti a distanza*, Milano 1999, p. 27, secondo il quale «La distinzione si giustifica, in quanto, mentre i beni possono essere restituiti senza danneggiare il fornitore, nel caso di servizi forniti, il recesso si accompagna sempre ad un pregiudizio per l'operatore commerciale».

privando *sic et simpliciter* il consumatore della facoltà di recedere dal contratto, una volta che ad esso sia stata data esecuzione.

Per una corretta interpretazione dell'art. 55 co. 2° lett. a) c.cons. dovrebbe innanzitutto chiarirsi che il bilanciamento tra gli interessi delle parti operato dalla norma non è perseguito mediante una semplice *eccezione* al diritto di recesso.

## **2. Critica: l'art. 55 co. 2°, lett. a), cons., come ipotesi di rinuncia allo *ius poenitendi*.**

Per comprendere la fattispecie prevista all'art. 55 co. 2° lett. a), c.cons. occorre innanzitutto valorizzare il contesto normativo in cui è inserita la disposizione<sup>129</sup>.

L'art. 55 co. 2° c.cons. contempla numerosi contratti aventi ad oggetto beni o servizi specifici, in relazione ai quali l'esclusione del diritto di recesso è dovuta a circostanze di carattere oggettivo, come ad esempio il rischio legato a fluttuazioni dei tassi del mercato finanziario (art. 55 co. 2°, lett. b)) o l'impossibilità di ricollocare successivamente il bene sul mercato, essendo esso personalizzato (art. 55 co. 2°, lett. c)), deperibile (art. 55 co. 2°, lett. d)) o di rapida obsolescenza (art. 55 co. 2°, lett. e)) o persino considerato con sfavore dall'ordinamento (art. 55 co. 2°, lett. f))<sup>130</sup>.

Queste fattispecie sono tutte accomunate dalla circostanza per cui – sebbene il contratto sia stato stipulato a distanza – sin dalla fase delle trattative non è offerta al consumatore alcuna possibilità di esercitare lo *ius poenitendi*<sup>131</sup>. Con riferimento a

<sup>129</sup> Al riguardo sembra opportuno – se non necessario – ricordare che il sistema delineato dall'art. 55 c.cons. consente di distinguere fattispecie in cui il diritto di recesso è sicuramente escluso (co. 1), dalle fattispecie in cui il diritto di recesso è escluso salvo diverso accordo delle parti (co. 2°).

<sup>130</sup> Circa il fondamento delle esclusioni contemplate dell'art. 55 co. 2°, c.cons. v. F. VIGLIONE, *sub art. 55*, in *Comm. De Cristofaro – Zaccaria*, Padova 2010, p. 461ss.; E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano 2010, p. 119. Con precipuo riferimento al fondamento dell'esclusione del diritto di recesso nei contratti relativi alla partecipazione a servizi di scommesse e lotterie, v. B. COLOSIMO, *Sub art. 55c.cons. cit.*, p. 493ss. ove si osserva che tali contratti sono disciplinati oltre che in base ai principi generali sanciti negli artt. 2034 e 2035 c.c., anche da quanto previsto nella specifica e dettagliata normativa di settore.

<sup>131</sup> Salvo ovviamente il caso in cui tale facoltà sia espressamente pattuita, sfruttando la clausola «salvo patto contrario» di cui all'art. 55 co. 2°, c.cons.

tali fattispecie può dunque certamente affermarsi che il diritto di recesso sia stato *escluso* dal Legislatore.

Al contrario, l'esclusione del diritto di recesso contemplata dall'art. 55 co. 2°, lett. *a*) c.cons. presenta la particolarità di non essere dovuta tanto (o non solo) a circostanze di carattere oggettivo, quali la specificità dell'oggetto della prestazione cui è tenuto il professionista: nonostante il contratto abbia ad oggetto una prestazione di servizi – consistente in linea di massima in un *facere* irripetibile – la sua stipulazione mediante l'uso esclusivo di tecniche di comunicazione a distanza determina comunque l'insorgere in capo al consumatore di un ordinario diritto di recesso.

La particolarità di tale fattispecie risiede semmai nella circostanza che tale diritto «è escluso» soltanto qualora il consumatore esprima la volontà di ottenere l'immediata esecuzione del servizio e salvo – oltretutto – diverso accordo delle parti<sup>132</sup>.

Dovrebbe allora convenirsi che, se – come sembra – nella previsione dell'art. 55 co. 2°, lett. *a*), c.cons., non è la volontà del Legislatore bensì quella del consumatore a determinare l'estinzione del diritto di recesso, allora è improprio parlare di una fattispecie di «esclusione» del diritto di recesso, postulando una siffatta formula una scelta imperativa del Legislatore.

Il riferimento *sic et simpliciter* ad una «esclusione» o ad una «eccezione» al diritto di recesso si rivela fuorviante, perché non consente di comprendere pienamente la complessità della fattispecie delineata dall'art. 55 co. 2°, lett. *a*), c.cons. e induce ad indagare esclusivamente le ragioni che hanno spinto il Legislatore a privare il consumatore della facoltà di recedere dal contratto<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> Così B. COLOSIMO, Sub *art. 55 c.cons.*, in *Comm. Vettori*, p. 494, secondo cui l'esclusione si fonderebbe su un *elemento voloniaristico*, dovuto «alla circostanza che le parti hanno concordato di intraprendere l'esecuzione ancor prima che si chiudesse lo *spatium deliberandi* per il recesso in favore del consumatore».

<sup>133</sup> Le ragioni di una scelta legislativa, tuttavia, sono di esclusiva pertinenza degli studi di politica del diritto, essendo per converso rilevante per il civilista individuare solo ed esclusivamente i problemi interpretativi e applicativi delle disposizioni di diritto positivo. La *ratio* dell'esclusione del diritto di recesso potrebbe semmai venire in considerazione soltanto qualora si intenda individuare – come è stato fatto nella sezione precedente – il corretto campo di applicazione della disposizione. Aderendo all'interpretazione che individua il fondamento dell'art. 55 c.cons. nell'irripetibilità della prestazione di servizi, dovrebbe allora concludersi che la disposizione – analogamente all'art. 48 c.cons. – non trovi applicazione allorché il contratto preveda anche il

Viceversa anziché la *ratio* della esclusione del diritto di recesso, risulta qui decisivo prendere in considerazione la *ratio* del diritto di recesso in sé, al fine di poter meglio valutare ed evidenziare quando, in che misura e sulla base di quali presupposti (più o meno espliciti), possa escludersi la facoltà per il consumatore di sciogliere il contratto.

L'interpretazione dell'art. 55 co. 2°, lett. a) c.cons., deve allora muovere dalla considerazione che la funzione propria dello *ius poenitendi* nei contratti a distanza – analogamente a quanto previsto nei contratti porta a porta – è quella di tutelare il consumatore contro i rischi e i pericoli insiti nella contrattazione *inter absentes*, ma non si estende fino al punto di tutelare l'aspettativa del consumatore in relazione alle qualità e caratteristiche della prestazione di servizi eseguita dal professionista.

In ragione di ciò, la disciplina dettata dall'art. 55 co. 2 lett. a) c.cons. per un verso, dispone l'inefficacia del contratto per tutta la durata del termine di esercizio dello *ius poenitendi* (in modo tale che il consumatore possa valutare le offerte di altri operatori commerciali anche dopo la conclusione del contratto ed, eventualmente, sciogliersi da qualsiasi impegno assunto nei confronti del professionista) ma, al contempo, accorda al consumatore la possibilità di richiedere un'immediata esecuzione della prestazione di servizi<sup>134</sup>.

È questa però una possibilità del tutto eccezionale, atteso che, a rigore, in forza dell'art. 54 c.cons., il professionista dovrebbe poter disporre di un termine di trenta giorni per l'esecuzione della prestazione: in altre parole, nel contesto dell'art. 55 co. 2° lett. a) c.cons., la possibilità di richiedere e ottenere un'immediata fornitura del servizio è controbilanciata dalla previsione dell'estinzione del diritto di recesso.

Deve quindi concludersi che l'estinzione del diritto di recesso sancita dall'art. 55 co. 2°, lett. a), cons., non è dovuta ad una «esclusione» imposta dalla legge, ma è un atto di rinuncia ad un diritto, che trova il suo fondamento nel generale principio di autonomia contrattuale, principio in forza del quale il consumatore – in una fase

---

sorgere in capo al professionista di obbligazioni aventi ad oggetto la consegna di un bene, suscettibile di essere restituito.

<sup>134</sup> Cfr. U. TROIANI, Sub art. 55 c.cons., in *Comm. codice del consumo*, a cura di Italia, Milano 2006, p. 553.

successiva alla conclusione del contratto – può esprimere una volontà autonoma e distinta rispetto a quella che presiede alla conclusione del contratto, avente ad oggetto la rinuncia allo *ius poenitendi* per ottenere una fornitura immediata del servizio.

### **3. La compatibilità dell'art. 55 co. 2°, lett. a), c.cons. con il principio di irrinunciabilità dei diritti.**

Una volta chiarito che l'estinzione del diritto di recesso contemplata dall'art. 55 co. 2°, lett. a) c.cons. è rimessa all'apprezzamento esclusivo del consumatore, si pone il problema di stabilire in che misura e mediante quali strumenti tale scelta possa essere garantita.

La dottrina ha evidenziato che il meccanismo di tutela del consumatore previsto dalla norma potrebbe essere agevolmente eluso dal professionista mediante la predisposizione e inserzione in contratto di apposite clausole volte ad ottenere il consenso del consumatore all'esecuzione della prestazione<sup>135</sup>.

Per evitare ciò, secondo alcuni, si renderebbe necessario e opportuno compiere un controllo circa la vessatorietà di tutte quelle clausole che siano state unilateralmente predisposte dal professionista e che affermino l'esistenza del consenso del consumatore all'immediata esecuzione del contratto, pur in mancanza di uno specifico e concreto interesse alla fornitura del servizio in pendenza del termine per recedere<sup>136</sup>.

Secondo altri, invece, proprio nelle ipotesi in cui il consumatore abbia uno specifico interesse o, per meglio dire, un'urgenza di ottenere l'immediata fornitura del servizio la disposizione sconterebbe un difetto di tutela, perché consentirebbe al

---

<sup>135</sup> Così F. VIGLIONE, *op. cit.*, p. 462; G. DE MARZO, *I contratti a distanza cit.*, p. 33 C. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori*, Milano 2003, p. 322 e F. PERFETTI, *Prime riflessioni sul d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185 in materia di contratti a distanza*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2000, p. 122ss.; *contra* E. MINERVINI, «*Contratti a distanza*» *cit.*, p. 11. Tale rischio è concreto: l'art. 55 co. 2°, lett. a) c.cons. – diversamente da altre legislazioni nazionali e, *in primis*, quella tedesca, non prevede infatti che il consenso del consumatore debba essere *ausdrücklich*. Al riguardo v. G. THÜSING, *Sub § 312d BGB*, in *Staudinger Kommentar*, Berlin 2013, Rn. 39.

<sup>136</sup> Così G. DE MARZO, *op. cit.*, *ibidem*. Dovendosi dunque ritenere che ove un tale consenso sia oggettivamente verificabile, valide siano le clausole e corretta sia l'esclusione dello *ius poenitendi*.

professionista di approfittare della condizione in cui versa il consumatore<sup>137</sup>. È stato così suggerito di ridurre la portata precettiva dell'art. 55 co. 2°, lett. a) c.cons., affermandone l'applicabilità alle sole ipotesi in cui il contratto sia ad esecuzione continuata, oppure – qualora ciò non sia possibile – alle sole (e residuali) ipotesi in cui le circostanze che accompagnano la conclusione del contratto non consentano di applicare la norma contenuta nell'art. 48 c.cons., dovendosi considerare l'*ivi* disposta efficacia *ex nunc* del diritto di recesso, una misura «più acconcia» alla protezione degli interessi del consumatore<sup>138</sup>.

Per quanto animati dal lodevole intento di evitare delle strumentalizzazioni del dato normativo da parte del professionista, questi indirizzi interpretativi si rivelano di difficile praticabilità dal punto di vista applicativo.

In particolare, con riferimento al primo indirizzo, sembra opportuno osservare che esso imporrebbe al consumatore l'onere di dimostrare in relazione al caso concreto la vessatorietà della clausola relativa alla richiesta di una immediata esecuzione della prestazione di servizi, atteso che una siffatta clausola non rientra nell'elenco di cui all'art. 33 co. 2° c.cons.

Con riferimento al secondo indirizzo, invece, esso si rivela eccessivamente complesso, nella misura in cui teorizza una scomposizione tra fattispecie negoziali non suffragata da sufficienti indici normativi<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> Così F. PERFETTI, *op. cit.*, 123s.

<sup>138</sup> F. PERFETTI, *op. cit.*, p. 124.

<sup>139</sup> L'Autore è probabilmente caduto in equivoco in merito all'analisi del testo della direttiva comunitaria: invero, sembra doversi censurare la critica mossa al Governo italiano, colpevole di avere introdotto mediante la disposizione contenuta nell'art. 55 co. 2° lett. a) c.cons., una esclusione del diritto di recesso non prevista dalla direttiva 97/7/CE. Specularmene alla normativa italiana, l'art. 6 co. 3°, 1<sup>a</sup> proposizione dir. 97/7/CE prevede che «Salvo diverso accordo tra le parti, il consumatore non può esercitare il diritto di recesso [...] per i contratti di fornitura di servizi la cui esecuzione sia iniziata, con l'accordo del consumatore, prima della scadenza del termine di sette giorni lavorativi». Sicché se proprio si volesse muovere una critica al Legislatore, questa potrebbe semmai essere proprio quella di un'eccessiva aderenza alla norma europea e di un mancato coordinamento della disposizione con la disciplina generale dello *ius poenitendi* contenuta nella Sezione IV.

Si consideri altresì che quando il consumatore ha una reale urgenza del servizio, quella di esercitare il diritto di recesso sarà difficilmente una sua esigenza. Qualora poi, l'urgenza di ottenere un servizio sia dovuta ad uno stato di bisogno del consumatore, di cui il professionista approfitti mediante l'imposizione di un prezzo sproporzionato per la sua esecuzione, allora è certamente configurabile una fattispecie *in limine* con quelle che integrano gli estremi per l'applicabilità di altri rimedi generali del nostro ordinamento, che rendono superfluo qualsiasi tentativo di interpretazione estensiva dell'art. 48 c.cons.

In ragione di ciò, è ragionevole ritenere che l'integrità e l'effettività del consenso del consumatore all'esecuzione della prestazione di servizi in pendenza del termine per recedere debba essere assicurata da altre norme inserite nel microsistema del Codice del consumo e, segnatamente, dall'art. 143 c.cons.

Invero, proprio perché l'estinzione del diritto di recesso non è riconducibile all'imperio della legge – così come avviene nelle altre ipotesi contemplate dall'art. 55 co. 2° c.cons. – ma rappresenta il frutto di una scelta rimessa all'apprezzamento del consumatore, si pone il problema di stabilire in che misura tale scelta possa considerarsi compatibile con il principio di irrinunciabilità dei diritti sancito dall'art. 143 c.cons.<sup>140</sup> Tale ultima disposizione rappresenta una sorta di clausola generale diretta a salvaguardare il sistema di protezione del consumatore delineato dal Codice del consumo<sup>141</sup>.

Ne consegue che, in relazione al principio di irrinunciabilità, il meccanismo descritto dall'art. 55 c.cons. dovrebbe allora essere considerato come una forma di eccezione e, in quanto tale, suscettibile di trovare applicazione soltanto nei casi e alle condizioni *ivi* espressamente contemplate<sup>142</sup>.

Una corretta esegesi dell'art. 55 co. 2 lett. a) c.cons. dovrebbe allora innanzitutto evidenziare tutti i presupposti, la cui sussistenza è necessaria per l'estinzione dello *ius poenitendi*: sicché, ove difetti anche uno soltanto di siffatti presupposti, il consumatore avrà sempre la possibilità di esercitare lo *ius poenitendi*.

---

<sup>140</sup> Al riguardo v. F. PACILEO, *sub* art. 55, in *Comm. Stanzione-Sciancalepore*, Milano 2006, p. 449s., secondo cui «la pattizzia rinuncia [...] si armonizza con il principio dell'irrinunciabilità del diritto di recesso sancito dall'art. 11 D.lgs. 185/1999 e ribadito nell'art. 143 del Codice». Cfr. G. DE MARZO, *op. cit.*, p. 32, secondo cui invece «la possibilità di escludere in radice lo *ius poenitendi*» si collocherebbe «fuori dall'area dell'irrinunciabilità dei diritti».

<sup>141</sup> Al riguardo v. *supra* Capitolo II.

<sup>142</sup> Si ritiene che una norma sia eccezionale quando «rappresenti un'interruzione della consequenzialità logica di questa ponendo una disciplina contrastante ed antinomica con quella della norma generale». Così G. CIAN, *Sub art. 14 preleggi*, in *Comm. Cian - Trabucchi*, Padova 2009, p. 43. *Ivi* anche riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. Per una dettagliata analisi dei criteri utili alla qualificazione di una disposizione in termini di norma «eccezionale» o «speciale» v. M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino 2005, p. 46ss.

#### **4. I presupposti per l'applicabilità dell'art. 55 co. 2°, lett. a) c.cons.**

##### **4.1. Il consenso del consumatore all'esecuzione della prestazione di servizi.**

Posto che il consenso del consumatore all'esecuzione immediata della prestazione si risolve in un atto di rinuncia allo *ius poenitendi*, la sua compatibilità con il principio di irrinunciabilità dei diritti è subordinata alla sussistenza di una pluralità di condizioni e, *in primis*, alla circostanza che l'atto dispositivo sia successivo all'insorgenza del diritto stesso in capo al consumatore<sup>143</sup>.

Nella fattispecie contemplata dall'art. 55 co. 2°, lett. a) c.cons., tale condizione sembra essere positivamente soddisfatta dalla circostanza che la norma scandisce il susseguirsi della fase di conclusione del contratto e della fase di esecuzione del contratto, prevedendo che ciascuna di tali fasi sia caratterizzata dalla necessaria espressione di un consenso del consumatore.

Pertanto, la scomposizione della vicenda negoziale – tipica di qualsiasi fattispecie contrattuale – ha un rilievo preminente nella disciplina dei contratti per la prestazione di servizi stipulati a distanza, poiché per questa categoria di contratti il consenso del consumatore viene in considerazione per ben due volte.

In primo luogo, il consenso del consumatore assume rilievo ai fini della stipula del contratto a distanza, determinando esso l'insorgere in capo al consumatore di un ordinario diritto di sciogliere unilateralmente il vincolo negoziale.

La disciplina di questo *ius poenitendi* sarà quella contemplata negli artt. 64ss. c.cons. soltanto ove le parti siano concordi, affinché l'esecuzione della prestazione avvenga dopo la scadenza dello *spatium deliberandi* concesso al consumatore per riflettere sulla convenienza dell'affare. Viceversa, qualora le parti preferiscano l'esecuzione della prestazione in pendenza del termine per recedere, sarà necessario che esse raggiungano un ulteriore accordo, ossia che il consumatore esprima nuovamente una volontà negoziale.

---

<sup>143</sup> Invero è categoricamente esclusa la facoltà di compiere negozi aventi ad oggetto il recesso, allorché essa sia esercitata anteriormente alla stipulazione del contratto. Vedi *supra*.

In secondo luogo, dunque, il consenso del consumatore viene in considerazione ai fini dell'immediata esecuzione della prestazione di servizi, e si caratterizza per la sua profonda incidenza sulla disciplina del diritto di recesso.

Al riguardo è d'uopo distinguere: innanzitutto è possibile che il consumatore raggiunga un accordo con il professionista che gli consenta di esercitare la facoltà di recedere dal contratto nonostante l'avvenuta esecuzione del servizio<sup>144</sup>. Contrariamente a quanto è stato sostenuto da alcuni, è questa un'ipotesi tutt'altro che configurabile soltanto in termini ipotetici, poiché è ben possibile che la conclusione di un siffatto accordo non sia proposta dal consumatore, ma rappresenti l'oggetto di un'offerta avanzata dallo stesso professionista, sicuro del gradimento che il suo servizio è suscettibile di riscuotere presso il pubblico degli utenti<sup>145</sup>.

È innegabile, però, che sia più frequente l'ipotesi in cui il professionista non voglia procedere all'esecuzione della prestazione di servizi, poiché teme che l'esercizio del diritto di recesso ad opera del consumatore, possa procurargli una perdita economica.

Ne consegue allora che, qualora il professionista non accetti (o non offra egli stesso) l'inserimento nel contratto di una clausola che consenta l'esercizio del diritto di recesso successivamente all'esecuzione del contratto, il consumatore potrà ottenere l'immediata fornitura del servizio soltanto qualora rinunci allo *ius poenitendi*.

Orbene, è questa l'ipotesi contemplata dall'art. 55 co. 2° lett. a), c.cons., in cui la volontà del consumatore di ottenere l'esecuzione immediata della prestazione di servizi non può certo considerarsi sufficiente a determinare l'estinzione dello *ius poenitendi*, essendo per converso indispensabile che anche il professionista esprima

---

<sup>144</sup> Sfruttando la deroga loro concessa dall'art. 55 co. 2°, c.cons., secondo la dottrina dominante, le parti sarebbero oltretutto libere di determinare le condizioni e le modalità di esercizio dello *ius poenitendi*, senza alcun vincolo rispetto a quanto previsto dagli art. 64ss. Così E. MINERVINI, *op. cit.* p. 11; G. DE MARZO, *I contratti a distanza*, Milano, 1999, p. 32; *contra* S. BASTIANON, *Prime osservazioni sulla direttiva 97/7/ce in tema di contratti a distanza*, *Resp. civ. prev.*, 1997, p. 1285.

<sup>145</sup> Tale offerta potrebbe infatti essere considerata una strategia commerciale – analoga a quella che presiede all'offerta di garanzie convenzionali nella vendita di beni di consumo – funzionale a conquistare la fiducia dei consumatori. *Contra* F. VIGLIONE, *op. cit.*, p. 461, secondo cui la dinamica dei contratti a distanza, in ragione delle tecniche di comunicazione impiegate dalle parti e della conseguente spersonalizzazione del rapporto nella fase delle trattative, non offre di regola al consumatore un'ampia possibilità di incidere sui termini dell'accordo e di spostare a suo vantaggio l'equilibrio normativo del contratto

il suo consenso a fornire il servizio durante la pendenza del termine di esercizio dello *ius poenitendi*.

*Mutatis mutandis* è ovviamente configurabile l'ipotesi contraria, ovverosia l'ipotesi in cui il professionista offra l'esecuzione della prestazione durante la pendenza del termine per recedere e spetti quindi al consumatore scegliere se accettare tale offerta, rinunciando alla possibilità di sciogliere il vincolo negoziale.

Ciò che rileva, infatti, non è tanto l'ordine delle manifestazioni di volontà delle parti, bensì esclusivamente la circostanza che, per l'estinzione del diritto di recesso contemplata dall'art. 55 co. 2° lett. a), c.cons., non sia sufficiente il compimento di un atto unilaterale – sia esso del consumatore o del professionista – essendo a tal proposito necessario che le parti raggiungano un autonomo accordo che si collochi tra il momento della conclusione del contratto e quello della sua esecuzione: tale accordo, in quanto successivo all'insorgere del diritto di recesso in capo al consumatore, sarà allora compatibile con il principio di irrinunciabilità dei diritti sancito dall'art. 143 c.cons.

Altresì rilevante, al fine di assicurare l'autodeterminazione della decisione del consumatore è che il negozio di rinuncia al diritto di recesso rivesta carattere formale.

Come noto, la formalità dell'accordo ha l'effetto di richiamare l'attenzione delle parti sul contenuto negoziale dell'atto che si sta per compiere e si rivela, proprio per questa ragione, un espediente particolarmente utile per ridurre i rischi paventati dalla dottrina in merito alla capacità del professionista di eludere il requisito del consenso del consumatore all'esecuzione della prestazione di servizi<sup>146</sup>.

Al fine di fondare l'esigenza di rispettare il requisito formale nel compimento del negozio abdicativo del diritto di recesso, ci si potrebbe riferire al dato normativo emergente dall'art. 64 co. 2°, c.cons., in forza del quale «Il diritto di recesso si esercita con l'invio [...] di una comunicazione scritta al professionista». Argomentando *a contrario* potrebbe sostenersi che, essendo l'atto di esercizio del diritto di recesso valido ed efficace soltanto se compiuto nell'osservanza di

---

<sup>146</sup> Vedi *supra*.

determinate forme e procedure, altrettanto formale deve essere anche l'atto di rinuncia al diritto di recesso, affinché esso possa considerarsi validamente compiuto.

#### **4.2. Inizio di esecuzione della prestazione da parte del professionista.**

L'esecuzione della prestazione ad opera del professionista è oggetto di una specifica disciplina dettata nell'art. 54 c.cons, il cui co. 1°, espressamente statuisce che il professionista «deve eseguire l'ordinazione entro trenta giorni a decorrere dal giorno successivo a quello in cui il consumatore ha trasmesso l'ordinazione al professionista»<sup>147</sup>.

Tale norma è suscettibile di trovare applicazione in tutti i contratti a distanza, ovverosia tanto nell'ipotesi in cui il professionista sia tenuto alla consegna di un bene mobile al consumatore, quanto nell'ipotesi in cui il professionista sia tenuto all'esecuzione di una prestazione di servizi.

La generale applicabilità dell'art. 54 co. 1° c.cons., sembra infatti essere confermata dal 2° comma del medesimo articolo, ove si prevede che «la mancata esecuzione dell'ordinazione da parte del professionista [...] del *bene* o del *servizio*» determina l'insorgere in capo al consumatore del diritto alla ripetizione delle somme che siano state già pagate al professionista<sup>148</sup>.

Scopo del Legislatore è evidentemente quello di assicurare che la tecnica di negoziazione impiegata dalle parti per la conclusione del contratto non pregiudichi la celerità degli scambi commerciali e, segnatamente, non determini l'inconveniente per i consumatori di dover sopportare tempi eccessivamente lunghi per l'esecuzione del contratto.

In questo contesto deve allora essere calata la disposizione di cui all'art. 55 co. 2°, lett. a) c.cons. con specifico riferimento ai contratti per la prestazione di

---

<sup>147</sup> Sicché – nonostante la rubrica dell'art. 54 c.cons. faccia genericamente riferimento all'«esecuzione del contratto» – le disposizioni in esso contenute si riferiscono esclusivamente all'esecuzione della prestazione cui è tenuto il professionista. Così M. CINQUE, Sub *art. 54*, in *Comm. De Cristofaro - Zaccaria*, Padova 2010, p. 457;

<sup>148</sup> La norma non prevede invece un diritto al risarcimento del danno, perché disciplina unicamente l'ipotesi in cui il professionista non esegua il contratto per « indisponibilità » del bene o del servizio. Sul significato e i confini della nozione di « indisponibilità della prestazione » v. M. CINQUE, *op. cit.*, p. 458s.

servizi: accordando alle parti la possibilità di raggiungere un accordo circa l'immediata esecuzione della prestazione, alla norma dovrebbe essere riconosciuta la precipua funzione di evitare che il consumatore possa attendere fino a trenta giorni per ottenere la fornitura di un servizio.

L'art. 55 co. 2°, lett. a) c.cons. consente al consumatore di fissare un diverso limite temporale per l'esecuzione della prestazione di servizi, prestando il proprio assenso affinché l'«esecuzione sia iniziata [...] prima della scadenza del termine previsto dall'articolo 64», ossia affinché la fornitura del servizio abbia inizio entro, e non oltre, il termine (massimo) di 10 giorni.

Da questa lettura della disposizione discendono una serie di corollari.

#### **4.2.1. Necessità dell'inizio di esecuzione ai fini dell'estinzione dello *ius poenitendi*.**

In primo luogo, è da ritenere che l'assenso del consumatore all'immediata esecuzione della prestazione non rappresenta di per sé un presupposto sufficiente per il verificarsi dell'estinzione dello *ius poenitendi*, essendo a tal fine altresì necessario che il professionista inizi effettivamente l'esecuzione della prestazione entro il termine di 10 giorni.

È chiaro infatti che, durante tutta la pendenza del termine per recedere e finché il professionista non inizi effettivamente l'esecuzione della prestazione, il consumatore conserva sempre e comunque la possibilità di recedere dal contratto.

Altresì chiaro è che, qualora il professionista non riesca ad organizzarsi in maniera tale da fornire il servizio entro il termine di 10 giorni, per un verso il consumatore non potrebbe più recedere dal contratto (essendo ormai decorso il relativo termine) e, per un altro verso, il professionista non potrebbe avanzare alcuna pretesa di eseguire la prestazione entro il termine di 30 giorni.

In questa seconda ipotesi, dunque, considerando la rilevanza dell'interesse del consumatore all'immediata esecuzione della prestazione – interesse che è tale da aver spinto lo stesso consumatore alla formulazione di una dichiarazione di rinuncia del diritto di recesso – dovrebbe farsi immediata applicazione dell'art. 54 co. 2° e

considerare il professionista senz'altro obbligato ad informare immediatamente il consumatore dell'impossibilità di eseguire la prestazione di servizi e a rimborsare le somme che siano state già corrisposte per il pagamento della fornitura<sup>149</sup>.

#### **4.2.2. L'inizio di esecuzione della prestazione nei contratti ad esecuzione istantanea e di durata.**

In secondo luogo, sembra opportuno distinguere a seconda che le parti abbiano concluso un contratto ad esecuzione istantanea ovvero un contratto di durata.

Nella prima ipotesi, infatti, l'inizio di esecuzione della prestazione dovrebbe determinare l'integrale esecuzione del contratto, sicché rilevante è solo la circostanza che essa avvenga prima della scadenza del termine per recedere.

Nella seconda ipotesi, invece, posto che la legge ritiene sufficiente l'inizio di esecuzione della prestazione per l'estinzione dello *ius poenitendi*, tale condizione dovrebbe considerarsi senz'altro avverata allorché il professionista compia il primo atto della serie (se si tratta di contratto ad esecuzione periodica) o inizi la fornitura del servizio (se si tratta di contratto ad esecuzione continuata) prima della scadenza prevista per l'esercizio del diritto di recesso<sup>150</sup>.

In ogni caso, a prescindere dalle specifiche caratteristiche dell'obbligazione nascente dal contratto, la prestazione non può certamente considerarsi "iniziata" allorché la sua esecuzione sia avvenuta unicamente nella sfera del professionista, essendo per converso necessario – analogamente a quanto si ritiene con riferimento all'art. 1327 co. 1, c.c. – che essa produca una qualche utilità concreta per il consumatore.

Invero, se al professionista fosse concessa la possibilità di affermare che l'esecuzione è da ritenersi iniziata prima ancora che la controparte possa averne percezione, sarebbe notevolmente compressa la tutela del consumatore, posto che il

---

<sup>149</sup> In questo caso dovrebbe cioè considerarsi il contratto risolto, potendosi discutere se la risoluzione sia per inadempimento, o determinata dalla indisponibilità della prestazione. Su questi profili dell'interpretazione dell'art. 54 co. 2° c.cons., v. M. CINQUE, *op. cit.*, *ibidem*.

<sup>150</sup> Analogamente a quanto avviene cioè in relazione al termine di trenta giorni disposto dall'art. 54 c.cons. Al riguardo cfr. G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *St. iuris*, 1999, p. 1200 nt. 57.

diritto di recesso si estinguerebbe sempre e comunque, anche se il servizio fosse effettivamente fornito dopo la scadenza del termine di dieci giorni.

#### 4.2.3. Il *dies a quo* dell'obbligo del professionista di eseguire la prestazione.

In terzo e ultimo luogo è decisivo stabilire il momento a partire dal quale il professionista è obbligato ad eseguire la prestazione di servizi.

L'art. 55 co. 2° lett. a) c.cons. non offre sufficienti indicazioni al riguardo, limitandosi soltanto ad individuare il termine ultimo, entro il quale il professionista è tenuto ad iniziare l'esecuzione della prestazione, termine che, oltretutto, coincide con quello previsto all'art. 64 co. 1° c.cons.

Sicché ai fini dell'individuazione del *dies a quo* dell'obbligo gravante in capo al professionista di fornire il servizio al consumatore, dovrebbe farsi applicazione della regola generale sancita all'art. 54 c.cons. e riconoscere che l'obbligo del professionista decorre «dal giorno successivo a quello in cui il consumatore ha trasmesso l'ordinazione»<sup>151</sup>.

In ragione di ciò, parrebbe potersi affermare che la disciplina del termine per l'esecuzione della prestazione di servizi dettata dall'art. 55 co. 2 lett. a), c.cons. deroga l'art. 54 c.cons. soltanto in relazione al *dies ad quem*: la deroga consiste nella previsione di iniziare l'esecuzione del servizio nel termine massimo di dieci giorni (indicato dall'art. 64 co. 1° c.cons.) anziché in quello di trenta giorni indicato dall'art. 54 c.cons.

Orbene, proprio da questo punto di vista – nella misura in cui la disposizione di cui all'art. 55 co. 2° lett. a) c.cons. rinvia a quella contenuta nell'art. 64 c.cons. per

---

<sup>151</sup> Per una critica circa la portata precettiva dell'art. 54 c.cons., vedi G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 1200 nt. 58, il quale osserva che «ove nell'ordinazione trasmessa dal consumatore debba ravvisarsi la proposta, il contratto si considera concluso nel momento in cui l'accettazione del fornitore giunge a conoscenza (o all'indirizzo) del consumatore (...). Ove invece, "trasmettendo l'ordinazione", il consumatore abbia accettato una proposta fattagli precedentemente dal fornitore, il contratto si conclude nel momento il cui l'ordinazione giunge a conoscenza (o perviene all'indirizzo) del fornitore. In entrambi i casi il momento della conclusione del contratto è cronologicamente successivo a quello della trasmissione dell'ordinazione, e ben può essere che i due eventi si verificano in giorni diversi».

l'individuazione del termine ultimo per iniziare la fornitura del servizio – essa pone un rilevante problema interpretativo ai fini della sua applicazione concreta.

Invero, il termine di cui all'art. 64 co. 1° c.cons., ha un autonomo *dies a quo* nei contratti per la prestazione di servizi, individuato dall'art. 65 co. 2°, lett. b) c.cons., ai cui sensi tale *dies* coincide con il giorno in cui le parti perfezionano il procedimento di conclusione del contratto.

Ne consegue che il termine di esercizio del diritto di recesso del consumatore e quello di adempimento dell'obbligo del professionista di eseguire la prestazione di servizi hanno un diverso *dies a quo* (rispettivamente individuato dall'art. 65 e dall'art. 54 c.cons.), ma sono soggetti alla stessa scadenza (quella di cui all'art. 64 co. 1 c.cons.).

Dalla lettura di queste norme dovrebbe allora emergere che mentre il consumatore può esercitare il diritto di recesso entro 10 giorni decorrenti dal momento della conclusione del contratto, il professionista potrebbe avere 10 giorni di tempo per iniziare l'esecuzione della prestazione soltanto qualora l'ordinazione del consumatore sia contestuale alla conclusione del contratto.

Viceversa, tutte le volte in cui la richiesta di fornitura del servizio sia inviata in un momento successivo a quello della stipula del negozio – atteso che da tale momento decorre l'obbligo di fornitura del servizio – egli avrà un minor numero di giorni per iniziare l'esecuzione del servizio, perché l'obbligo su di lui gravante deve sempre e comunque essere adempiuto entro il termine (ancora disponibile) previsto dall'art. 64 c.cons., ossia in concomitanza della scadenza dello *spatium deliberandi*.

Poiché è evidente che una siffatta interpretazione determinerebbe un rilevante squilibrio delle posizioni delle parti nella fase di esecuzione del contratto – squilibrio consistente nell'esposizione del professionista ad un elevato rischio di inadempimento, tutte le volte in cui l'«ordinazione» del consumatore fosse inviata nell'ultimo momento utile per l'esercizio del diritto di recesso – si rende opportuno percorrere altri indirizzi interpretativi che consentano di individuare un diverso *dies a quo* dell'obbligo del professionista di eseguire la prestazione di servizi<sup>152</sup>.

---

<sup>152</sup> Si tenga altresì presente che l'obbligo decorre dal giorno successivo a quello della «trasmissione» e non del «ricevimento» dell'ordinazione; con la conseguenza che, ove l'ordinazione

Al riguardo potrebbe sostenersi che il richiamo al termine previsto dall'art. 64 co. 1 c.cons., sia stato compiuto dall'art. 55 co. 2 lett. a) c.cons., al solo fine di individuare uno *spatium temporis* entro il quale iniziare l'esecuzione della prestazione di servizi, senza alcuna intenzione cioè di ancorare tale termine *alla scadenza del termine previsto per il diritto di recesso*. In questo modo risulterebbe infatti agevole affermare che, a prescindere dal momento in cui il consumatore richiede l'esecuzione della prestazione di servizi, è dal giorno dell'ordinazione che decorrono i dieci giorni utili al professionista per iniziare la fornitura del servizio. In alternativa, qualora si ritenga che tale interpretazione sia *contra legem* si renderà opportuno introdurre una differenziazione, che valorizzi il carattere dispositivo dell'art. 54 co. 1 c.cons.

Potrebbe cioè sostenersi che il consenso del consumatore previsto dall'art. 55 co. 2°, lett. a) c.cons. si inserisce nel contesto di un «accordo tra le parti» ai sensi dell'art. 54 co. 1 c.cons. per la determinazione del termine di adempimento dell'obbligazione. Sicché se tale accordo è raggiunto immediatamente dopo la conclusione del contratto, è a partire da tale momento che consumatore e professionista avranno 10 giorni di tempo, rispettivamente, per recedere dal contratto (salvo il caso dell'esecuzione della prestazione *medio tempore*) e per fornire il servizio.

Qualora invece l'accordo sia concluso in una data successiva, il professionista dovrà fornire il servizio nella diversa data individuata dalle parti o, in mancanza di uno specifico accordo, entro il termine individuato mediante applicazione delle norme generali in materia di adempimento delle obbligazioni dettate dal Codice civile.

---

sia inviata mediante il servizio postale si pone il problema di un termine di adempimento che inizia a decorrere nonostante l'obbligato non ne abbia contezza. Così anche G. DE MARZO, *I contratti a distanza cit.*, p. 36.

### 4.3. Informazione del consumatore

#### 4.3.1 La rilevanza dell'informazione

È una comune regola di esperienza e una costante nella legislazione in materia di consumatori, l'osservazione per cui l'effettività della tutela del contraente debole è strettamente legata al profilo inerente all'obbligo di informazione posto a carico del professionista<sup>153</sup>.

Tuttavia con specifico riferimento ai contratti conclusi *inter absentes* la rilevanza dell'informazione assume un peso specifico, in ragione della circostanza che ove le parti si avvalgano di mezzi di comunicazione a distanza per negoziare, le informazioni fornite dal professionista rappresentano l'unico strumento che consente al consumatore di conoscere il contenuto del contratto e le caratteristiche del bene o servizio acquistato<sup>154</sup>. Considerando che il consumatore non è un uomo esperto dei traffici e non ha la capacità di discernere quali offerte siano le più vantaggiose, esponendosi così all'iniziativa del professionista, l'informazione costituisce cioè il mezzo mediante il quale si rende possibile eliminare il *gap* tra le parti, che lo svolgimento delle pratiche commerciali e le dinamiche sociali consegnano al diritto.

---

<sup>153</sup> Al riguardo v. R. ALESSI, *I doveri di informazione*, in CASTRONOVO-MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano 2007, p. 391ss., ove si afferma che «il diritto all'informazione può vantare nel contesto dell'ordinamento comunitario rilievo costituzionale»

<sup>154</sup> Così G. ALPA, *Commento al D.lgs. n. 185/1999*, in *Contr.*, 1999, p. 851; G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 1189s.; L. FURGIUELE, *Contratti a conclusione telematica*, in BOCCHINI, *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, Torino 2003, p. 191s., secondo la quale «Nelle vendite telematiche il consumatore si libera, anche se parzialmente, dalla soggezione psicologica in cui versa quando contrae a domicilio, ma la sua situazione di subordine permane da un punto di vista economico». A. FRATERNALE, *op. cit.*, p. 56, secondo cui nei contratti a distanza «vi è il rischio che il consumatore si decida ad impegnarsi contrattualmente senza una piena cognizione di causa». Tale rischio fu evidenziato per la prima volta nelle considerazioni generali del *Programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore*, in *Gazzetta ufficiale n. C 092 del 25/04/1975*, pag. 2ss. ove si evidenziava la necessità dell'informazione del consumatore nel contesto dei nuovi mercati, posto che il consumatore non è più il compratore in un mercato locale, bensì egli è divenuto soggetto ad un mercato di massa, condizionato da campagne pubblicitarie e da pressioni commerciali di gruppi di distribuzione estremamente organizzati, suscettibili di compromettere la libera concorrenza tra le imprese e di sfruttare l'ingenuità delle persone meno avvedute.

Si spiega così la scelta del Legislatore di gravare il professionista di un massiccio obbligo di informazione, il cui adempimento richiede l'osservanza di un procedimento doviziosamente disciplinato dall'art. 52 e dall'art. 53 c.cons.<sup>155</sup>.

In particolare, mentre l'art. 52 co. 1, c.cons. individua le informazioni che debbono essere fornite al consumatore «in tempo utile prima della conclusione del contratto», l'art. 53 c.cons., chiarisce che tali informazioni unitamente alle ulteriori informazioni elencate al co. 1° lett. a)-d) dell'art. 53 c.cons., debbono essere consegnate al consumatore per iscritto o, a sua scelta, su altro supporto durevole, «prima od al momento della esecuzione del contratto»<sup>156</sup>.

Orbene, tale distinzione tra obblighi di informazione *precontrattuale* e obblighi di informazione *postcontrattuale* – così come la scelta di posticipare la consegna del documento informativo – è stata criticata dalla dottrina, sulla base della considerazione che essa è sostanzialmente priva di un'apprezzabile *ratio*: entrambe le disposizioni prevedono infatti informazioni la cui portata e rilevanza è tale da poter condizionare la scelta del consumatore di concludere il contratto e che, proprio per tale ragione, dovrebbero costituire oggetto di un unico obbligo da adempiersi prima dell'insorgenza del vincolo negoziale in capo al consumatore<sup>157</sup>.

#### **4.3.2. La rilevanza dell'informazione nei contratti per la prestazione di servizi conclusi a distanza.**

Le critiche rivolte dalla dottrina alla disciplina dell'obbligo di informazione del professionista sono sì pertinenti in relazione a qualsiasi contratto a distanza; esse

---

<sup>155</sup> In particolare, le informazioni *ivi* elencate possono essere distinte a seconda del loro oggetto in informazioni di carattere commerciale (dirette a consentire di scegliere più liberamente tra i vari prodotti o servizi offerti, confrontando caratteristiche e prezzi), e informazioni di carattere giuridico (dirette a consentire una conoscenza dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto). Così: L. FURGIUELE, *op. cit.*, p. 192ss.

<sup>156</sup> La distinzione tra un obbligo di informazione precontrattuale (previsto all'art. 52 c.cons) e un obbligo di informazione postcontrattuale (previsto all'art. 53), rileva quindi al fine di sottolineare che soltanto per l'adempimento di quest'ultimo il professionista è tenuto al rispetto di determinati requisiti formali, consistenti nell'utilizzo e nella consegna al consumatore di un supporto durevole.

<sup>157</sup> Al riguardo v. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 1196 nt. 32, ove espressamente si osserva che «la possibilità di fruire di servizi di assistenza e l'esistenza di “garanzie commerciali” [...], sono infatti elementi ai quali, di norma, i consumatori attribuiscono molta importanza, nel decidere se addivenire o meno alla stipulazione del contratto».

tuttavia si rivelano particolarmente fondate allorché il negozio abbia ad oggetto una prestazione di servizi, in ragione della peculiare disciplina dettata in merito all'informazione relativa all'esistenza e alle condizioni di esercizio dello *ius poenitendi*<sup>158</sup>.

Al riguardo, infatti, deve essere evidenziato che, tra le informazioni *precontrattuali*, l'art. 52 co. 1, lett. *f*) c.cons. contempla quella relativa all'«esistenza del diritto di recesso o di esclusione dello stesso, ai sensi dell'art. 55, comma 2», mentre, tra le informazioni *postcontrattuali*, l'art. 53 co. 1, lett. *a*) c.cons. fa riferimento a quelle relative «alle condizioni e alle modalità di esercizio del diritto di recesso, ai sensi della sezione IV».

Lette singolarmente queste disposizioni sembrerebbero avere un'autonoma portata precettiva.

Quanto all'art. 52 co. 1°, lett. *f*) c.cons., la genericità del riferimento alle ipotesi contemplate nel 2° co. dell'art. 55 c.cons. dovrebbe lasciare intendere che l'obbligo di informazione gravante sul professionista nei contratti per la prestazione di servizi si risolve – analogamente a quanto avviene nei contratti conclusi per la fornitura di beni confezionati su misura, giornali o periodici – nel mero avvertimento rivolto al consumatore che la stipulazione di tale contratto non determina l'insorgere *ex lege* di alcun *ius poenitendi*.

Viceversa, quanto all'art. 53 co. 1, lett. *a*) c.cons., l'esclusivo e chiaro rinvio alla sola disciplina contenuta nella Sezione IV, Capo I, Titolo III, Parte III del Codice del consumo dovrebbe indurre a ritenere che il professionista sia tenuto ad informare il consumatore soltanto in merito alle forme e ai tempi richiesti dalle legge per un corretto esercizio del diritto di recesso in relazione ai contratti aventi ad oggetto beni.

Parrebbe allora doversi concludere che le disposizioni relative all'obbligo informativo gravante sul professionista nei contratti a distanza siano palesemente in contrasto con lo scopo e i contenuti propri dell'art. 55 co. 2° lett. *a*) c.cons., nella misura in cui eliminano qualsiasi differenza tra le ipotesi propriamente dette di «esclusione del diritto di recesso» contemplate nelle lett. *b*) – *f*) del 2° co., e la

---

<sup>158</sup> Sul punto cfr. A. FRATERNALE, *I contratti a distanza* cit. p. 114.

peculiare ipotesi di «estinzione del diritto di recesso» contemplata alla lett. *a*), e, conseguentemente, non riconoscono la rilevanza precettiva della disposizione dettata all'art. 55 co. 2° lett. *a*) c.cons. in merito alla disciplina delle condizioni di esercizio dello *ius poenitendi*.

Ragioni di carattere sistematico – prima ancora che ragioni di carattere teleologico – dunque, impongono di procedere ad un'interpretazione correttiva delle due disposizioni, al fine precipuo di valorizzare la complessità della disciplina dettata all'art. 55 co. 2°, lett. *a*) c.cons e, segnatamente, la circostanza che l'estinzione del diritto di recesso è subordinata alla sussistenza di due presupposti imprescindibili: il consenso del consumatore all'immediata esecuzione del contratto e l'effettivo inizio della fornitura del servizio ad opera del professionista<sup>159</sup>.

Gli indici positivi per procedere ad una siffatta interpretazione sembrano emergere dal 2° co. dell'art. 52 c.cons., ossia dalla circostanza che tale disposizione impone al professionista di fornire «le informazioni di cui al comma 1 [...] osservando i principi di buona fede e di lealtà in materia di transazioni commerciali, valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili».

È noto, infatti, che l'obbligo di informazione rientra, quale tipica espressione, nell'ambito del principio di buona fede come comportamento che deve consigliare le parti dalla fase delle trattative alla esecuzione del contratto<sup>160</sup>.

Ne deriva che già nella fase precontrattuale il consumatore deve essere avvisato della peculiarità della disciplina dello *ius poenitendi* nei contratti relativi alla prestazione di servizi e che tale informazione deve essere certamente contenuta nel supporto durevole di cui all'art. 53 c.cons. nel quale dovranno altresì essere

---

<sup>159</sup> Cfr. E. BARGELLI, *op. cit.*, p. 265, secondo la quale: «L'inibizione del recesso [...] deve ritenersi subordinata comunque all'adempimento, da parte del professionista, dell'onere di informare correttamente il consumatore circa la facoltà di recedere e le relative conseguenze».

<sup>160</sup> C.M. BIANCA, *Il contratto cit.*, p. 167, ove si afferma che «obblighi tipici di buona fede nella fase precontrattuale sono, sotto il profilo della lealtà, gli obblighi di *a*) informazione, *b*) chiarezza e *c*) segreto, e, sotto il profilo della salvaguardia, *d*) l'obbligo di compimento degli atti necessari per la validità ed efficacia del contratto». Più in generale v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano 1966; G. GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, Milano 1975; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano 1968; L. BIGLIAZZI GERI, voce «Buona fede nel diritto civile», in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino 1988, p. 154ss.

specificamente indicate al consumatore la possibilità di esercitare il diritto di recesso prima che abbia inizio l'esecuzione della prestazione di servizi, nonché i presupposti e le condizioni in presenza delle quali tale diritto si estingue.

Posto, infatti, che anche nell'ipotesi contemplata nell'art. 55 co. 2° lett. a) c.cons. il consumatore dispone pur sempre di un diritto di recesso fino all'inizio di esecuzione della prestazione di servizi, la mancata trasmissione al consumatore delle suddette informazioni circa le specifiche condizioni e modalità di esercizio dello *ius poenitendi* indicate dall'art. 55 co 2°, lett. a) c.cons., dovrebbe integrare gli estremi di un vero e proprio inadempimento dell'obbligo informativo.

## 5. L'obbligo di pagamento del corrispettivo.

L'indagine sin qui svolta consente di comprendere ed esaminare meglio il problema relativo all'obbligo del consumatore di pagare la prestazione di servizi eseguita dal professionista.

Un corretto approccio a tale questione, infatti, impone di distinguere la posizione del consumatore a seconda che sussistano o non i presupposti e le condizioni esplicite e implicite sancite nell'art. 55 co. 2 lett. a) c.cons. per l'esecuzione della prestazione di servizi in pendenza del termine per recedere.

In particolare, ove non sussistano i presupposti e le condizioni *supra* individuate, dovrebbe ritenersi che il servizio sia stato fornito ad esclusivo rischio e pericolo del professionista<sup>161</sup>. Invero – come è stato più volte ripetuto nel corso del nostro studio – la disciplina dello *ius poenitendi* dettata nel Codice del consumo è diretta a garantire una tutela effettiva ad uno dei contraenti contro il rischio di un condizionamento o di un *deficit* di informazione dovuto alle specifiche modalità di conclusione del contratto impiegate dalle parti<sup>162</sup>. Ne consegue che, ove tale

---

<sup>161</sup> Così G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore cit.*, p. 1199. Cfr. anche E. BARGELLI, *op. cit.*, p. 264. In giurisprudenza: Cass. civ. sez. I, 28 marzo 2006, n. 6996, *Giust. civ. Mass.*, 2006, 4, ove si afferma che la violazione dell'obbligo di informazione in relazione al diritto di recedere da un contratto per la prestazione di servizi stipulato «porta a porta», determina l'efficacia *ex tunc* dello *ius poenitendi* «conformemente alle finalità di tutela di un soggetto ritenuto "debole"» dall'ordinamento.

<sup>162</sup> Cfr. Corte di giustizia dell'UE, 3 settembre 2009, Pia Messner c. Firma Stefan Krüger, C-489/07. *Raccolta della giurisprudenza* 2009 p. I-07315; Corte di giustizia dell'UE, 25 ottobre 2005,

specifica disciplina sia stata violata dal professionista, sarebbe assolutamente illogico e contraddittorio – prima ancora che contrario al diritto comunitario – non solo escludere la possibilità di esercitare lo *ius poenitendi*, bensì anche gravare il consumatore di un qualsiasi obbligo di indennizzo o di corrispettivo per il servizio ricevuto in costanza del termine per recedere<sup>163</sup>.

Viceversa, a conclusioni opposte dovrebbe giungersi, ove il consumatore *a)* sia stato correttamente informato dell'esistenza del diritto di recesso, e *b)* delle conseguenze derivanti dall'esecuzione della prestazione di servizi in pendenza del termine per recedere, *c)* manifestando, ciononostante, la volontà di dare esecuzione al contratto, *d)* in modo da ottenere effettivamente la fornitura del servizio durante lo *spatium deliberandi* per l'esercizio dello *ius poenitendi*.

In questo caso, infatti, debbono considerarsi adempiuti tutti i presupposti per l'estinzione dello *ius poenitendi* ai sensi dell'art. 55 co. 2 lett. *a)* c.cons., con contestuale e connessa inapplicabilità di tutte le disposizioni del Codice del consumo che concorrono a regolare gli effetti di tale rimedio e a garantirne l'effettività di esercizio.

In ragione di ciò, l'obbligazione pecuniaria gravante in capo al consumatore a seguito dell'esecuzione della prestazione di servizi nei contratti conclusi a distanza non ha natura restitutoria, atteso che così potrebbe essere soltanto se il contratto fosse suscettibile di essere sciolto mediante esercizio dello *ius poenitendi*: l'obbligazione pecuniaria gravante in capo al consumatore ha piuttosto carattere di

---

Elisabeth Schulte e Wolfgang Schulte c. Deutsche Bausparkasse Badenia AG, C-350/03, *Raccolta della giurisprudenza* 2005 p. I-09215. In entrambe queste sentenze, occasionate rispettivamente da un contratto concluso a distanza e da un contratto concluso fuori dei locali commerciali, i Giudici di Lussemburgo hanno affermato che l'applicazione del diritto nazionale non può contraddire il fine del diritto europeo, essendo in particolare compito degli Stati membri quello di garantire l'effettività del diritto di recesso e la protezione al consumatore contro le conseguenze negative derivanti dal rischio che il professionista violi la disciplina relativa alla conclusione del contratto a distanza o porta a porta.

<sup>163</sup> Anche il nostro ordinamento prevede ipotesi in cui la parte, che ha violato i presupposti richiesti dalla legge per l'esecuzione di una prestazione di servizi, non può vantare alcuna pretesa nei confronti della propria controparte negoziale, nonostante quest'ultima abbia ricevuto e goduto il servizio oggetto del contratto. Al riguardo v. E. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*» e ripetizione dell'indebito. *L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 113, ove si riporta, in modo esaustivo e puntuale, la giurisprudenza che fa leva sull'art. 2231 c.c. per negare al professionista intellettuale, al mediatore e al mandatario, il diritto di ottenere un compenso per il servizio prestato.

vero e proprio corrispettivo, la cui misura sarà in ogni caso quella convenuta dalle parti al momento della conclusione del contratto<sup>164</sup>.

Se e a quali condizioni il consumatore possa sciogliere unilateralmente il vincolo negoziale dopo l'esecuzione della prestazione di servizi in pendenza del termine per recedere, è una questione che, attesa l'estinzione dello *ius poenitendi* e l'inapplicabilità delle disposizioni del Codice del consumo, deve essere risolta esclusivamente in base alla disciplina dettata dal Codice civile in relazione ai contratti tipici per la prestazione di servizi<sup>165</sup>.

## **6. I profili disciplinari comuni alle disposizioni dell'art. 48 e dell'art. 55 c.cons.**

In conclusione sembra utile e opportuno tracciare alcune direttrici di fondo in merito alla disciplina dello *ius poenitendi* nei contratti per la prestazione di servizi e, in particolare, segnalare gli aspetti comuni alle disposizioni contenute nell'art. 48 e nell'art. 55 c.cons.

In primo luogo, è d'uopo sottolineare che l'applicabilità di queste norme è subordinata alla perfezione del procedimento di conclusione del contratto.

È questo un rilievo non scontato: esso infatti non è certo diretto a contestare il sorgere di obbligazioni negoziali in capo alle parti in assenza di un valido titolo negoziale – atteso che ciò sarebbe superfluo –, bensì utile ad affermare che tutte le volte in cui lo *ius poenitendi* è diretto ad eliminare una proposta negoziale (sia essa semplice o irrevocabile), tale diritto è soggetto alle disposizioni contenute nella Sezione IV, del Capo I, Titolo III, Parte III, ove espressamente si stabilisce che il consumatore ha il diritto di sciogliere le «obbligazioni derivanti dal contratto o dalla

---

<sup>164</sup> Attesa l'inapplicabilità delle disposizioni del Codice del consumo deve infatti essere esclusa la possibilità per il consumatore di adire il giudice *ex art. 143 c.cons.*, per far dichiarare la nullità della clausola o pattuizione che prevede il pagamento di un importo sproporzionato rispetto al servizio effettivamente prestato dal professionista. Una siffatta azione – come è stato ricordato *supra* – presuppone l'esistenza dello *ius poenitendi* e la necessità di tutelare la libertà del consumatore di scegliere se esercitare o non tale diritto.

<sup>165</sup> Al riguardo si vedano gli esempi riportati *supra* in relazione ai contratti conclusi “porta a porta”.

proposta contrattuale» (art. 66) e che l'esercizio di tale diritto deve essere garantito «senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo» (art. 64 co. 1°)<sup>166</sup>.

Sia in ipotesi di *beni* sia in ipotesi di *servizi*, il ritiro della proposta negoziale non determina mai l'insorgenza in capo al consumatore di responsabilità risarcitoria o indennitaria, a prescindere dal momento in cui lo *ius poenitendi* è esercitato e dal grado di preparazione dell'esecuzione della prestazione raggiunto dal professionista. Se così non fosse infatti – se cioè il diritto di «recedere dalla proposta» dovesse considerarsi disciplinato dall'art. 1328 co. 1° c.c.– sarebbe inevitabilmente compressa l'effettività della tutela del consumatore, posto che su quest'ultimo graverebbe quanto meno l'onere di indennizzare il professionista per l'iniziata esecuzione della prestazione di servizi.

In secondo luogo, ai fini dell'applicabilità dell'art. 48 e dell'art. 55 c.cons. è imprescindibile che le parti abbiano altresì provveduto a dare esecuzione al contratto e, segnatamente, che il professionista abbia effettivamente fornito (o quanto meno iniziato a fornire) il servizio oggetto del negozio.

In questo senso depone il tenore letterale delle due disposizioni dettate agli artt. 48 e 55 co. 2° lett. a) c.cons. – che fanno rispettivamente riferimento alle prestazioni di servizi «che siano state già *eseguite*» (art. 48 c.cons.) o la «cui esecuzione sia *iniziata*» – e, prima ancora, la *ratio* che presiede alla loro portata precettiva: intanto si giustifica l'inefficacia o l'estinzione del diritto di recesso (e la conseguente insorgenza in capo al consumatore di un'obbligazione pecuniaria) in quanto una prestazione di servizi sia stata effettivamente eseguita dal professionista e tale esecuzione abbia soddisfatto un interesse del consumatore.

Pertanto, tutte le volte in cui le parti abbiano concluso un contratto per la prestazione di servizi senza però darvi concreta esecuzione, la disciplina degli effetti

---

<sup>166</sup> La previsione dello *ius poenitendi* risponde infatti ad un'esigenza pregnante di tutela del consumatore, che prevale persino sull'applicazione del principio di buona fede, e che consente al consumatore stesso di ritirarsi liberamente da qualsiasi trattativa o di sciogliere qualsiasi tipo di vincolo instaurato fuori dei locali commerciali, senza – per ciò solo – incorrere in responsabilità indennitaria o risarcitoria. Così N. SCANNICCHIO, *Consumatori e conclusione dei contratti a distanza cit.*, p. 46s.; M. C. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 93; R. TOMMASINI, *Codice del consumo e ius poenitendi*, in PERLINGIERI-CATERINI, *Il diritto dei consumi*, Napoli 2007. p. 291; R. GIAMPETRAGLIA, *op. cit.*, p. 463; C. PILIA, *op. cit.*, p. 601; R. CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Tratt. Galgano*, XXXIV, Padova 2005, p. 251.

dello *ius poenitendi* sarà ancora una volta quella contenuta negli artt. 64ss. c.cons.: il professionista non potrà avanzare alcuna pretesa di pagamento nei confronti del consumatore (nei contratti porta a porta), né tanto meno sollevare alcuna eccezione di estinzione del diritto di recesso (nei contratti a distanza), qualora l'esecuzione della prestazione di servizi non abbia raggiunto uno stadio tale da determinare un arricchimento della sfera giuridico/patrimoniale del consumatore.

**7. Il profili disciplinari non comuni: il consenso del consumatore all'esecuzione della prestazione di servizi in pendenza del termine per recedere.**

Una volta individuate le comuni esclusioni all'ambito di applicazione degli artt. 48 e 55 c.cons., sembra opportuno chiedersi se tali disposizioni abbiano ulteriori profili disciplinari comuni.

L'analisi separata delle due norme ha evidenziato che l'art. 55 co. 2° lett. a), c.cons. fa espressamente divieto al professionista di fornire il servizio in mancanza di uno specifico accordo con il consumatore, successivo alla stipulazione del negozio. Il consenso del consumatore all'esecuzione del contratto, però, – pur rappresentando un elemento normativo rilevante – non può considerarsi sufficiente, se isolatamente considerato, ad evitare il rischio che il professionista possa eludere la tutela del consumatore.

È stato allora suggerito di interpretare l'art. 55 co. 2° lett. a) c.cons. alla luce del principio di irrinunciabilità dei diritti enucleato nell'art. 143 c.cons., la cui imperatività impone di integrare le condizioni e le modalità di espressione del consenso all'esecuzione del servizio, che consentono di realizzare l'estinzione dello *ius poenitendi*.

In ragione di ciò, sembra opportuno chiedersi se anche la disciplina dello *ius poenitendi* nei contratti per la prestazione di servizi stipulati “porta a porta” possa essere integrata mediante il riferimento ad altre norme di portata generale presenti nel microsistema del Codice del consumo, che consentano di meglio tutelare la categoria dei consumatori.

La disciplina dell'art. 48 c.cons. però è alquanto scarna, perché, per un verso, non prevede il consenso del consumatore come presupposto per l'esecuzione della prestazione di servizi e, per un altro, non dispone l'estinzione del diritto di recesso a seguito della fornitura del servizio; pertanto, i problemi cui l'art. 48 c.cons. è suscettibile di dare luogo non possano certamente essere risolti mediante il riferimento al principio di irrinunciabilità dei diritti.

Ciò premesso, per l'individuazione degli indici normativi cui occorrerebbe riferirsi nell'esegesi dell'art. 48 c.cons., sembrerebbe opportuno ricordare che i rischi, cui il consumatore è esposto nei contratti per la prestazione di servizi conclusi porta a porta, hanno modo di concretizzarsi soprattutto allorché il professionista provveda spontaneamente e unilateralmente all'esecuzione del contratto: tale esecuzione determina infatti l'immediato sorgere in capo al consumatore dell'obbligo di retribuire il servizio fornito dal professionista<sup>167</sup>.

Per evitare tale obbligo e assicurare un'adeguata protezione al consumatore si dovrebbe allora attribuire maggiore significato alla previsione di uno *spatium deliberandi* per l'esercizio dello *ius poenitendi*. Anche il fondamento ultimo dell'art. 48 c.cons., consiste infatti nell'intenzione di assicurare al consumatore un periodo di tempo necessario e sufficiente, affinché la decisione di sciogliere il contratto sia scevra da qualsiasi condizionamento esercitato dal professionista.

Si rende allora necessario individuare un qualche indice normativo che assicuri effettività a questo fondamento. A tal proposito non sembra però necessario aderire alla dottrina secondo cui il contratto si conclude solo ed esclusivamente nel momento in cui scade il termine di esercizio del diritto di recedere<sup>168</sup>.

Piuttosto, potrebbe rivelarsi utile considerare che l'esecuzione immediata della prestazione si risolve in una condotta lesiva del diritto di sciogliere il contratto: l'unilaterale esecuzione del contratto da parte del professionista comporta infatti il sorgere in capo al consumatore dell'obbligo di pagare il servizio fornito dal

---

<sup>167</sup> La conclusione del contratto ai sensi dell'art. 1327 c.c. nel contesto dei contratti di servizio conclusi porta a porta comporta infatti pur sempre l'esecuzione di una prestazione in forza di un titolo negoziale e, in ragione di ciò – pur non causando l'estinzione del diritto di recesso – è comunque idonea a far sorgere in capo al consumatore l'obbligo di versare al professionista un corrispettivo per il servizio fornito.

<sup>168</sup> Per i riferimenti a questa dottrina v. *supra* Cap. II.

professionista e tale obbligo – al pari di qualsiasi onere, indennità o richiesta risarcitoria collegata all’esercizio del diritto di recesso – rappresenta certamente un elemento idoneo ad incidere sulla decisione del consumatore di rimanere vincolato al contratto. Sicché, al fine di eliminare il rischio di condizionare la scelta del consumatore di sciogliere il contratto, ci si potrebbe riferire, almeno nelle ipotesi in cui tale tentativo di condizionamento emerga in modo più e evidente – *in primis* allorché il professionista impieghi lo schema dell’art. 1327 c.c. per giungere alla conclusione del contratto<sup>169</sup> – a quelle disposizioni del Codice del consumo di portata generalissima, preposte ad individuare i limiti, condizioni e obblighi, il cui rispetto è prescritto per l’esercizio di qualsiasi attività commerciale, industriale, artigianale o professionale.

Da questo punto di vista, si potrebbe ipotizzare che la conclusione del contratto mediante inizio di esecuzione, calata nel contesto della disciplina di cui all’art. 48 c.cons., si presta ad essere considerata una pratica commerciale aggressiva ai sensi dell’art. 24 c.cons, risolvendosi essa in un comportamento che è idoneo a limitare considerevolmente la libertà di scelta del consumatore e a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso, ovvero sia quella di rimanere vincolato al contratto<sup>170</sup>.

---

<sup>169</sup> In particolare, nei contratti ad esecuzione istantanea, l’esecuzione della prestazione contestuale alla conclusione del contratto determinerebbe un’ipotesi di estinzione del diritto di recesso. Nei contratti di durata, invece, l’immediata esecuzione della prestazione potrebbe condizionare la valutazione circa la convenienza dell’affare: il consumatore – consapevole dell’obbligo di dover retribuire almeno la prima fornitura del servizio – potrebbe decidere di dare completa esecuzione al contratto, non esercitando il diritto di recesso. Si pensi all’ipotesi in cui il consumatore dopo aver inoltrato una proposta relativa ad un contratto a distanza per la prestazione di un servizio, da eseguirsi in due *tranches*, riceva immediatamente la prima fornitura.

<sup>170</sup> Circa la corretta interpretazione della nozione di «indebito condizionamento» v. A. DE FRANCESCHI, Sub art. 24 c.cons., in *Comm. De Cristofaro - Zaccaria*, Padova 2010, p. 196; T. LETTL, *Wettbewerbsrecht*, München 2009, p. 352; L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali «aggressive»*, in De Cristofaro, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino 2008, p. 287ss.; L. ROSSI CARLEO, *Il comportamento “ostativo” del professionista tra “ostacoli non contrattuali” e “ostacoli contrattuali”*, in Rabitti Bedogni - Barucci, *20 anni di antitrust: l’evoluzione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, p. 1210ss. *ivi* numerose indicazioni relative a pratiche commerciali aggressive, volte ad impedire o rendere più difficile l’esercizio del diritto di recesso.



# CAPITOLO IV

## LA DIRETTIVA 2011/83/UE SUI DIRITTI DEI CONSUMATORI

### SEZIONE I

#### L'iter di approvazione della direttiva sui diritti dei consumatori

#### 1. Premessa

Nelle pagine iniziali del presente lavoro sono stati evidenziati almeno due profili dai quali emerge la rilevanza dello studio della disciplina dello *ius poenitendi* nei contratti per la prestazione di servizi conclusi «porta a porta» o «a distanza».

L'importanza di tale studio risiede, in primo luogo, nella circostanza che il Codice del consumo accorda al consumatore una tutela di carattere minimale nei contratti per la prestazione di servizi, fondata sull'esigenza di bilanciare le istanze di protezione del contraente debole con le esigenze di buon funzionamento del mercato. Ragion per cui, nel corso dell'indagine si è cercato di evidenziare i profili normativi e sistematici del Codice del consumo che consentono di mantenere intatto siffatto bilanciamento e, segnatamente, di interpretare gli artt. 48 e 55 co. 2° lett. a) c.cons., in modo tale da evitare che il professionista possa approfittare del fatto che l'esecuzione della prestazione provoca l'efficacia *ex nunc* dello *ius poenitendi* (nei contratti porta a porta) ovvero addirittura l'estinzione del diritto stesso (nei contratti conclusi a distanza).

In secondo luogo, il presente studio rivela il suo interesse in considerazione della recente approvazione della direttiva 2011/83/EU sui diritti dei consumatori, le cui disposizioni dovranno essere attuate negli Stati membri entro il 13 dicembre 2013, ma saranno applicabili soltanto ai contratti conclusi dopo il 13 giugno 2014<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Così art. 28 della Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio Testo rilevante ai fini del SEE, in *GUUE* L 304 del 22.11.2011, p. 64ss. Per un primo commento alla

Mediante tale provvedimento il Legislatore europeo mira a rimuovere le incoerenze e colmare le lacune della precedente disciplina dei contratti conclusi porta a porta o a distanza, introducendo nelle legislazioni nazionali un *corpus* normativo ispirato sì alle esigenze di tutela del contraente debole, ma finalizzato, al contempo, ad agevolare la concorrenza tra le imprese e il funzionamento del mercato unico europeo<sup>2</sup>

Considerando che le nuove disposizioni europee perseguono lo scopo dell'armonizzazione massima delle legislazioni nazionali – ossia privano gli Stati membri della possibilità di mantenere o introdurre, al momento dell'attuazione della direttiva, misure più o meno stringenti per la tutela dei consumatori di quelle accordate dalla direttiva stessa – è evidente allora che l'esame della direttiva 2011/83/UE rappresenta la naturale appendice dello studio fin qui condotto, utile a comprendere se e in che misura essa modifichi l'equilibrio raggiunto dalla disciplina dettata dal Codice del consumo<sup>3</sup>.

A tal proposito sembra opportuno premettere che le novità introdotte dalla direttiva 2011/83/UE riguardano numerosi e diversi profili della tutela del consumatore nei contratti *extra moenia* e *inter absentes*, dei quali – per ragioni di coerenza con gli argomenti sin qui trattati – saranno presi in considerazione soltanto quelli strettamente afferenti ai contratti per la prestazione di servizi<sup>4</sup>.

---

direttiva v. G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui «diritti dei consumatori»: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in *Annuario del contratto 2011*, Torino 2012, p. 30ss.; N. REICH, *Variationen des Verbraucherkaufrechts in der EU*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2011, p. 736 ss.; V.J. STABENTHEINER - V. CAP, *Die neue Verbraucherrechte-richtlinie. Werdegang, Geltungsbereich, "klassisches" Verbraucherschutzrecht*, in *Österreichische Juristen-Zeitung*, 2011, p. 1045 ss.; V.J. STABENTHEINER - V. CAP, *Die neue Verbraucherrechte-richtlinie. Neuerungen zum allgemeinen Vertragsrecht, Regelungsspielräume der Mitgliedstaaten, Umsetzung*, in *Österreichischer Juristen-Zeitung*, 2012, p. 53 ss.; S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 861 ss.; I. RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2011, p. 754 ss.

<sup>2</sup> In coerenza con il combinato disposto degli artt. 169 e 114 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Così il *considerando* n. 2 della direttiva 2011/83/UE.

<sup>3</sup> Circa i modelli di armonizzazione massima e minima delle legislazioni nazionali nel contesto della politica di tutela del consumatore, v. di recente M. DONNARUMMA, *I contratti con il consumatore*, in P.FAVA, *Il contratto*, Milano 2012, p. 264ss.

<sup>4</sup> Per tale ragione non saranno esaminate in questa sede le disposizioni contenute nell'art. 18 e nell'art. 20 della direttiva, relative all'obbligazione di consegna e al passaggio del rischio, poiché, sebbene molto rilevanti sotto il profilo squisitamente civilistico, non possono considerarsi afferenti alla conclusione di contratti aventi ad oggetto una prestazione di servizi.

In ragione di ciò – dopo aver brevemente accennato all’*iter* d’approvazione della direttiva – si farà innanzitutto riferimento all’ambito di applicazione delle nuove disposizioni, atteso che il Legislatore europeo non ha semplicemente provveduto a ridefinire i contorni delle tradizionali nozioni di «consumatore» (art. 2 n. 1), «professionista» (art. 2 n. 2), «contratti a distanza» (art. 2 n. 7) e «contratto negoziato fuori dei locali commerciali» (art. 2 n. 8), bensì ha introdotto due nuove definizioni di «contratto di vendita» (art. 2 n. 5) e «contratto di servizi» (art. 2 n. 6) e aggiornato ed integrato la “lista” delle materie e dei contratti cui la direttiva 2011/83/UE non è suscettibile di trovare applicazione (art. 3).

Un secondo profilo, concerne invece la disciplina dell’obbligo di informazione, atteso che la direttiva 2011/83/UE si segnala perché – con specifico riferimento ai contratti per la prestazione di servizi – detta un’articolata disciplina dell’obbligo di informazione gravante in capo al professionista, l’adempimento o l’inadempimento del quale ha delle fondamentali ripercussioni sulla disciplina applicabile agli effetti dello *ius poenitendi*.

In terzo e ultimo luogo, viene in rilievo la disciplina del diritto di recesso nei contratti “porta a porta” e a distanza: distinguendosi nettamente dalle precedenti normative di tutela del consumatore, la direttiva 2011/83/UE non si limita a disciplinare in modo dovizioso i presupposti, termini e modalità di esercizio del diritto di recesso, ma detta un’articolata ed esaustiva disciplina degli effetti dello *ius poenitendi*, sia allorché esso abbia ad oggetto la consegna di un bene, sia allorché esso abbia ad oggetto una prestazione di servizi.

## **2. I lavori preparatori e l’approvazione della direttiva 2011/83/EU: il carattere imperativo e di armonizzazione completa delle nuove disposizioni.**

L’*iter* di approvazione della direttiva sui diritti dei consumatori si è rivelato particolarmente complesso e caratterizzato da rilevanti modifiche del testo normativo all’esame degli organi europei, modifiche in larga parte dovute alle

numerose critiche rivolte alle misure di armonizzazione massima delle legislazioni nazionali inizialmente proposte dalla Commissione<sup>5</sup>.

Al riguardo sembra opportuno ricordare che la proposta di direttiva originariamente presentata dalla Commissione nel 2008 non era diretta alla «revisione» delle sole direttive 85/577/CEE e 97/7/CE, bensì intendeva aggiornare e sostituire anche l'intera disciplina delle clausole vessatorie dettata dalla direttiva 93/13/CE, nonché la disciplina di taluni aspetti della vendita di beni di consumo contenuta nella direttiva 1999/44/CE<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> In questo senso anche M. LEHMANN - A. DE FRANCESCHI, *Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 420, ove si afferma che la direttiva rappresenta «il punto di arrivo di un lungo e tortuoso percorso riformatore». Tra le critiche più rilevanti v. quelle contenute nel Parere del Comitato economico e sociale nella sessione plenaria del 15 e 16 luglio del 2009 (in *GUUE* n. C 317 del 23 dicembre 2009, p. 54, ove la proposta della Commissione viene descritta come la compilazione di un lungo elenco di definizioni, che riunisce in un unico testo le norme di quattro direttive, senza tener conto delle esigenze di consolidamento del livello di tutela dei consumatori all'interno dell'UE. Per un commento delle disposizioni della Proposta di direttiva v. i contributi inseriti nei volumi collettanei: G. HOWELLS - R. SCHULZE (a cura di), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, München, 2009; B. JUD - C. WENDEHORST (a cura di), *Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa?*, Wien - Manz, 2009; H. SCHULTE-NÖLKE/L. TICHY (a cura di), *Perspectives for European Consumer Law. Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond*, Berlin, 2010; M. STÜRNER (a cura di), *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?*, München, 2010; H. EIDENMÜLLER - F. FAUST - H. GRIGOLEIT - N. JANSEN - G. WAGNER - R. ZIMMERMANN, *Revision des Verbraucher-acquis*, Tübingen, 2011. Vedi altresì i saggi di H.W. MICKLITZ - N. REICH, *Crónica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a «Directive on consumer rights»*, in *Common Market Law Review*, 2009, pp. 471ss; K. TONNER - M. TAMM, *Der Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher und seine Auswirkungen auf das nationale Verbraucherrecht*, in *JZ*, 2009, p. 277 ss.; M. ARTZ, *Die «Vollständige Harmonisierung» des Europäischen Verbraucherprivatrechts*, in *GPR*, 2009, p. 171 ss.; ID., *Vorschlag für eine vollharmonisierende Horizontalrichtlinie zum Verbraucherrecht*, in Gsell e Herrestahl, *Vollharmonisierung im Privatrecht*, Tübingen 2009, p. 209 ss.; B. GSELL, *Vollharmonisiertes Verbraucherkaufrecht nach dem Vorschlag für eine Horizontalrichtlinie*, *ivi*, p. 219 ss.; C. CASTETS-RENARD, *La proposition de directive relative aux droits de consommateurs et la construction d'un droit européen des contrats*, in *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1158 ss.; T. REVET - J. ROCHFELD - C. PÉRÈS, *La communautarisation des sources du droit – De l'harmonisation maximale – Proposition de directive-cadre du Parlement européen et du Conseil du 8 octobre 2008*, in *Revue des Contrats*, 2009, p. 11 ss.; S. WHITTAKER, *Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees: the Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of «Full Harmonisation»*, in *ERCL*, 2009, p. 223 ss.; P. ROTT - E. TERRY, *The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules*, in *ZEuP*, 2009, p. 456 ss.; J. SMITS, *Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 5 ss.; E. HONDIUS, *The Proposal for a European Directive on Consumer Rights: A Step Forward*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 103 ss.

<sup>6</sup> La Proposta di direttiva presentata dalla commissione l'8 ottobre 2008, in COM (2008) 614, si articolava in ben sette capi e cinque allegati. Alla specifica disciplina dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali o mediante tecniche di comunicazione a distanza era dedicato il Capo III della direttiva. Per un commento a queste disposizioni v. M. LUKAS, *Außerhalb von*

L'ampio disegno riformatore auspicato dalla Commissione era però accompagnato da una normativa tutt'altro che innovativa e coerente sia dal punto di vista sistematico che dal punto di vista squisitamente tecnico<sup>7</sup>.

Atteso che le critiche si concentravano soprattutto su quelle disposizioni della proposta destinate a riformare la disciplina delle clausole vessatorie e della vendita di beni di consumo – poiché la loro approvazione avrebbe determinato (conformemente ai dettami dell'armonizzazione massima) l'introduzione nelle legislazioni nazionali di molti Paesi membri dell'UE di un regime normativo meno favorevole ai consumatori di quello risultante dall'attuazione delle direttive 93/13/CEE e 99/44/CE<sup>8</sup> – nelle fasi conclusive del procedimento di approvazione della direttiva, la scelta del Legislatore europeo è stata nel senso di ridurre il disegno riformatore alle sole direttive 85/577/CEE e 97/7/CE, e di demandare a provvedimenti futuri il compito di procedere al riesame e all'aggiornamento delle misure di protezione del consumatore dalle clausole vessatorie e nei contratti per la vendita di beni di consumo<sup>9</sup>.

Il 25 ottobre 2011 il Consiglio e il Parlamento hanno così definitivamente approvato la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, mediante la quale

*Geschäftsräumen abgeschlossene Verträge*, in Jud-Wendehorst, *Neueordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa*, Wien-Mainz 2009, p. 65ss.; M. SCHAUER, *Fernabsatzverträge*, *ibidem*, p. 99. La specifica disciplina dei contratti di vendita di beni di consumo e delle clausole vessatorie era invece contemplata nei capi IV e V della Proposta.

<sup>7</sup> Così M. SCHMIDT-KESSEL, *Der Vorschlag zur Horizontalrichtlinie im Kontext der Rechtsarmonisierung in Europa*, in Jud-Wendehorst, *Neueordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa*, Wien 2009, p. 21ss, spec. p. 39 ove l'Autore afferma che: «*Der Vorschlag in seiner vorliegenden Form ist in vierlei Hinsicht technisch nahezu unbrauchbar und das Gegenteil eines kohärenten Rechtsakts*». Particolarmente critici anche H.W. MICKLITZ-N. REICH, *Crónica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a «Directive on consumer rights»* cit, 2009, p. 471ss.

<sup>8</sup> Cfr. Comitato delle Regioni nella sessione del 21- 22 aprile 2009 (in *GUUE* n. C 200 del 25 agosto 2009, p. 77, ove espressamente si afferma che il Comitato «si oppone al principio dell'armonizzazione completa su ampia scala visto che comporta il rischio che, per procedere all'unificazione, gli Stati membri debbano rinunciare ad alcune norme specifiche per la tutela dei consumatori, nonostante si siano dimostrate efficaci nei loro territori» Ciò vale con particolare riferimento alla disciplina delle clausole vessatorie, per la quale valeva la raccomandazione di non «intaccare in alcun modo» l'*acquis* giuridico degli Stati membri, «dal momento che alcune delle disposizioni proposte comporterebbero una riduzione dei diritti dei consumatori».

<sup>9</sup> Così *considerando* 62 della direttiva. Per un'analitica descrizione dell'*iter* di approvazione della direttiva v. invece G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 32ss.; J. STEBENTHEINER-V. CAP, *op. cit.*, p. 1045ss. Per una critica alla riduzione del disegno riformatore della Commissione v. le osservazioni presentate il 17 dicembre 2010 dai Governi del Portogallo e di Malta (16933/10 ADD 1 REV 1).

sono state sostituite e abrogate soltanto le direttive sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali e sui contratti conclusi mediante mezzi di comunicazione a distanza<sup>10</sup>.

Nonostante la considerevole riduzione del suo ambito di operatività, la direttiva 2011/83/UE si segnala comunque sotto molteplici profili come un provvedimento di «straordinaria rilevanza e di grande interesse» nell'ottica del diritto europeo dei contratti<sup>11</sup>.

Innanzitutto perché mediante l'abrogazione delle direttive sui contratti porta a porta e a distanza giunge a conclusione la prima fase di quel processo di aggiornamento della disciplina europea dei contratti dei consumatori ispirato ai dettami dell'armonizzazione massima delle legislazioni nazionali<sup>12</sup>; tale processo aveva già portato all'introduzione di una specifica disciplina della commercializzazione a distanza dei servizi finanziari<sup>13</sup> e delle pratiche commerciali sleali poste in essere dalle imprese nei confronti dei consumatori<sup>14</sup>, nonché all'ammodernamento e completamento della disciplina dei contratti di credito al consumo<sup>15</sup> e su taluni aspetti dei contratti di multiproprietà<sup>16</sup>.

---

<sup>10</sup> La Direttiva 2011/83/UE prevede altresì l'aggiunta nelle direttive 93/13/CEE e 99/44/CE di un nuovo art. 8bis. Al riguardo v. art. 32 e art. 33 dir. 2011/83/UE.

<sup>11</sup> Così G. De Cristofaro, *op. cit.*, p. 34.

<sup>12</sup> La direttiva 2011/83/UE si segnala quindi innanzitutto perché mira ad introdurre negli ordinamenti nazionali una normativa insuscettibile di essere derogata dai Legislatori nazionali al momento dell'attuazione sia nel senso di abbassare, sia nel senso di elevare il livello di tutela da essa stessa garantito ai consumatori. Scopo primario del Legislatore europeo è infatti quello di agevolare la costruzione del mercato comune, da un lato favorendo la concorrenza tra le imprese e dall'altro garantendo un elevato livello di tutela dei consumatori negli acquisti nazionali e transfrontalieri. Cfr. *considerando* n. 4 della direttiva.

<sup>13</sup> Mediante 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 del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE, *GUUE*, n. L 271 del 9.10.2002, p. 16.

<sup>14</sup> Direttiva 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 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), *GUUE*, n. L 149 dell' 11.6.2005, p. 22

<sup>15</sup> Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE, *GUUE*, n. L 133 del 22.5.2008, p. 66

<sup>16</sup> Direttiva 2008/122/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 gennaio 2009, sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei

In secondo luogo – dal punto di vista strettamente civilistico – perché la nuova direttiva sui diritti dei consumatori pone rigorosi limiti all'autonomia negoziale delle parti, dettando una disciplina imperativa della contrattazione a distanza e fuori dei locali commerciali: ai sensi dell'art. 25 dir. 2011/83/EU, infatti, i consumatori non possono rinunciare ai diritti conferiti dalle misure nazionali di recepimento della direttiva (par. 1°) e non sono altresì vincolati da eventuali clausole contrattuali, dirette ad escludere o limitare l'esercizio dei diritti loro conferiti dalla direttiva (par. 2°)<sup>17</sup>.

Il fondamento di tale limite dovrebbe risiedere nell'esigenza di rendere effettiva la tutela assicurata dal Legislatore europeo ai consumatori, evitando, ad esempio, che il professionista possa sfruttare la sua maggiore esperienza e forza contrattuale per indurre il consumatore a rinunciare alla facoltà di recedere dal contratto ovvero per inserire surrettiziamente clausole che ne subordinino l'esercizio alla presenza di complessi presupposti.

Sicché – fermo restando ai sensi dell'art. 25 il divieto di “intaccare” il contenuto minimo dei diritti e delle garanzie previste dalla direttiva –, sembra potersene dedurre che alle parti dovrebbe essere concessa la possibilità di determinare autonomamente il contenuto del regolamento negoziale nel caso concreto e, segnatamente, di prevedere condizioni più favorevoli rispetto a quelle previste dal Legislatore europeo, in piena coerenza con quanto disposto nell'art. 3 par. 6° dir. 2011/83/UE, ai cui sensi la direttiva «non impedisce ai commercianti di offrire ai consumatori disposizioni contrattuali che vanno oltre la tutela prevista dalla presente direttiva».

---

contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio, *GUUE*, n. L 33 del 3.2.2009, p. 10

<sup>17</sup> Cfr. *considerando* n. 58.

## SEZIONE II

## L'ambito di applicazione della direttiva.

**1. Le nozioni di consumatore e di professionista.**

La disciplina dell'ambito di applicazione della direttiva 2011/83/UE differisce sotto molteplici profili dalla precedente disciplina dei contratti conclusi porta a porta e a distanza dettata dalle direttive 85/577/CEE e 97/7/CE.

Ciò vale, in primo luogo, per quanto riguarda la definizione delle nozioni di consumatore e professionista<sup>18</sup>.

In particolare, pur confermando nell'art. 2 n. 1 la consueta definizione di consumatore, la direttiva 2011/83/UE fornisce all'interprete un importante indice per sciogliere i dubbi relativi all'applicabilità delle sue disposizioni, tutte le volte in cui sia stato concluso un contratto per «scopi misti», ovvero sia tutte le volte in cui una persona fisica abbia concluso un contratto per scopi che rientrano soltanto parzialmente nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale. Il criterio da seguire per la soluzione di questi casi è rinvenibile nel *considerando* n. 17, ai cui sensi la direttiva sarà applicabile soltanto se lo scopo commerciale sia talmente limitato da non risultare predominante nel contesto generale del contratto<sup>19</sup>.

Altrettanto rilevanti sono poi le novità che emergono dalla nozione di professionista. Sotto questo profilo il Legislatore, dopo aver chiarito che la

---

<sup>18</sup> Al riguardo vedi anche le osservazioni di K. PURNHAGEN, *Die Auswirkungen der neuen EU-Richtlinie auf das deutsche Verbraucherrecht*, in *ZRP*, 2012, p. 36.

<sup>19</sup> È da considerare però che la disposizione del *considerando* n. 17 non soltanto innova rispetto alla precedente disciplina dettata dalle direttive 97/7/CE e 85/577/CEE, bensì determina anche un'inversione di tendenza (in senso favorevole al consumatore) rispetto all'indirizzo inaugurato dalla Corte di giustizia il 20 gennaio 2005, (Johann Gruber c. Bay Wa AG, C-464/01, *Raccolta della giurisprudenza*, 2005, p. I-00439) in merito all'interpretazione dell'art. 13 della convenzione di Bruxelles del 1968, con la quale i Giudici di Lussemburgo hanno affermato che il contratto concluso per scopi misti può essere qualificato come contratto del consumatore soltanto se lo scopo professionale sia del tutto trascurabile. Così G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 36; cfr. anche K. PURNHAGEN, *op. cit.*, p. 37, secondo cui sembra ragionevole ritenere che, nella formulazione del *considerando* n. 17 della direttiva, il Legislatore si sia ispirato alla definizione di consumatore dettata dal I-I:105 (1) *Draft Common Frame of Reference*.

qualifica di professionista prescinde dalla natura pubblica o privata del soggetto che stipuli il contratto, espressamente afferma che la direttiva si applica anche allorché il contratto sia stato concluso da un professionista per il tramite di una «qualsiasi altra persona che agisca in suo nome o per suo conto», accogliendo in tal modo la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE formatasi in merito alla nozione di consumatore nella direttiva 85/577/CEE ed estendendone al contempo la portata anche ai contratti conclusi a distanza<sup>20</sup>.

Ciò posto, il novero delle novità afferenti all'ambito di applicazione soggettivo della direttiva 2011/83/UE è completato dal *considerando* n. 13, ai cui sensi gli Stati membri, al momento dell'attuazione della direttiva, avranno la possibilità di estendere la tutela accordata al contraente debole anche a persone giuridiche o fisiche *che non sono consumatori ai sensi della presente direttiva, quali le organizzazioni non governative, le start-up o le piccole e medie imprese*. La portata innovatrice delle indicazioni fornite dal *considerando* n. 13 non dovrebbe però essere eccessivamente enfatizzata.

In primo luogo, perché i *considerando* delle direttive comunitaria hanno una rilevanza strettamente circoscritta al piano dell'ermeneutica, essendo per contro escluso che essi possano avere una qualsiasi efficacia precettiva<sup>21</sup>. In secondo luogo, perché la stessa formulazione del *considerando* n. 13 lascia chiaramente intendere che – anche qualora gli Stati membri decidano di sfruttare la possibilità loro concessa dal Legislatore europeo – l'estensione dell'ambito di applicazione della direttiva non potrà avvenire mediante una modifica della nozione di consumatore o professionista, bensì elaborando una nozione tale da ricomprendere tutti quei soggetti *che non sono consumatori ai sensi della direttiva* e che, ciò nonostante, appaiono bisognosi di tutela in relazione ai contratti conclusi a distanza o fuori dei locali commerciali<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Corte di giustizia dell'UE, del 25 ottobre 2005, Crailsheimer Volksbank eG contro Klaus Conrads e altri, C-229/04, *Raccolta della giurisprudenza*, 2005, p. I-09273, punto 41ss. Circa la possibilità di qualificare come «professionista» anche il terzo v. K. PURNHAGEN, *op. cit.*, p. 38; *contra* G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 37.

<sup>21</sup> Al riguardo v. art. 10 della *Guida pratica comune del Parlamento europeo del Consiglio e della Commissione*.

<sup>22</sup> Le nozioni di «consumatore» e «professionista» elaborate dalla direttiva sono infatti immodificabili da parte dei Legislatori nazionali, poiché rientrano tra quei concetti giuridici

## 2. Le definizioni di «contratto a distanza» e di «contratto negoziato fuori dei locali commerciali».

Con riferimento al profilo oggettivo del campo di applicazione della direttiva 2011/83/UE è innanzitutto opportuno accennare alle nozioni di «contratto a distanza» e di «contratto negoziato fuori dei locali commerciali», contenute, rispettivamente, nel n. 7 e nel n. 8 dell'art. 2 della direttiva.

Per quanto concerne la definizione di «contratto a distanza», il Legislatore europeo si è limitato a prevedere che gli estremi di tale nozione sono da considerarsi integrati tutte le volte in cui *a) il professionista si avvalga di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza b)* e tanto la fase della negoziazione quanto la fase della conclusione del contratto, siano state caratterizzate dall'impiego esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza<sup>23</sup>.

Sotto questo profilo l'art. 2 n. 7 della direttiva 2011/83/UE riproduce, senza sostanziali modifiche, la norma precedentemente contenuta nell'art. 2 n. 1 della direttiva 97/7/CE. In particolare, deve essere rilevato che anche nei contratti per la prestazione di servizi gli estremi della nozione di «contratto a distanza» sono integrati tutte le volte in cui le sole fasi della *negoziazione* e *conclusione* del contratto siano state condotte dalle parti mediante l'uso esclusivo di tecniche di comunicazione a distanza, non essendo per converso in alcun modo rilevante ai fini della qualificazione del negozio come contratto a distanza che l'*esecuzione* della prestazione di servizi sia avvenuta alla presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore<sup>24</sup>.

---

«chiaramente definiti» cui fa riferimento il *considerando* n. 7 direttiva 2011/83/UE, che concorrono a realizzare un quadro normativo uniforme. Così G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 38

<sup>23</sup> Cfr. *considerando* n. 20, ove sono forniti all'interprete i criteri per stabilire in quali casi le fasi della negoziazione e della conclusione del contratto possano effettivamente considerarsi avvenute mediante l'impiego di tecniche di comunicazione a distanza.

<sup>24</sup> Sono state così disattese le osservazioni presentate dall'Austria al Consiglio dell'Unione europea il 17 dicembre 2010 (pubblicate nel Fascicolo interistituzionale: 16933/10 ADD 1 REV 1), nelle quali si sosteneva che la nozione di contratto a distanza «è troppo ampia» e che essa «dovrebbe invece essere calibrata sui casi in cui i contratti di servizio siano conclusi ed eseguiti per via elettronica».

Tale conclusione – cui aderisce anche la dottrina formatasi sulle disposizioni della precedente direttiva 97/7/CE<sup>25</sup> – sembra essere confermata dal disposto dell'art. 16 lett. h) dir. 2011/83/UE, mediante il quale si esclude il diritto di recesso soltanto nei contratti aventi ad oggetto l'effettuazione di *lavori urgenti di riparazione o manutenzione*, legittimando così l'interprete a ritenere *cum argumenta a contrario*, che ove il contratto abbia ad oggetto servizi *non urgenti* ovvero non di riparazione/manutenzione la conclusione del contratto mediante mezzi di comunicazione a distanza determina l'insorgere in capo al consumatore di un diritto di recesso, nonostante la prestazione debba essere eseguita presso il suo domicilio, ovvero sia alla presenza fisica e simultanea delle parti<sup>26</sup>.

Se e in che misura gli Stati membri possano modificare la nozione di contratto a distanza di cui all'art. 2 n. 7, al momento della sua attuazione nelle legislazioni nazionali, è questione tutt'altro che semplice da risolvere: criterio decisivo dovrebbe in ogni caso essere il *considerando* n. 13 della direttiva, ove si prevede la possibilità per Stati membri di tutelare il consumatore anche nella conclusione di quei contratti che non sono «contratti a distanza» ai sensi della direttiva, *ad esempio poiché non sono conclusi nel quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza*<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. C. WENDEHORST, Sub § 312d BGB, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München 2007, Rn. 55 ove si fa l'esempio – poi ripreso anche da O. UNGER, *Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher- eine systematische Einführung*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2012, p. 297 – del consumatore che ordina telefonicamente un servizio di trasloco.

<sup>26</sup> Questa conclusione non sembra poter essere smentita nemmeno dalla formulazione del *considerando* n. 20 della direttiva, ai cui sensi «il concetto di contratto a distanza non dovrebbe comprendere prenotazioni effettuate da un consumatore attraverso mezzi di comunicazione a distanza per richiedere la prestazione di un servizio da parte di un professionista, come nel caso di un consumatore che telefona per chiedere un appuntamento da un parrucchiere». Da un esame complessivo del *considerando* può senz'altro affermarsi che l'esclusione non si fonda sulla circostanza che il contratto, benché concluso a distanza, sia poi eseguito nei locali commerciali del professionista. Il termine «prenotazione» impiegato dal Legislatore europeo non è infatti indicativo del perfezionamento dell'accordo, essendo esso semmai riassuntivo di tutte quelle ipotesi in cui il consumatore si sia avvalso del mezzo di comunicazione a distanza per compiere soltanto una valutazione preliminare della disponibilità del professionista, posticipando invece la fase della negoziazione e conclusione del contratto al momento in cui le parti saranno fisicamente e simultaneamente presenti nello stesso luogo.

<sup>27</sup> Con la precisazione però che anche la nozione di contratto a distanza dovrebbe considerarsi una nozione «chiaramente definita» ai sensi del *considerando* n. 7: con la conseguenza che – anche qualora i Legislatori nazionali decidano di sfruttare la possibilità loro concessa dal *considerando* n. 13 – l'estensione dell'ambito di applicazione della direttiva non potrà avvenire mediante una modifica della nozione di contratto a distanza, bensì elaborando una nozione tale da

Sicuramente di maggiore portata innovativa sono le disposizioni della direttiva che concorrono a determinare ed ampliare la nozione di contratto negoziato fuori dei locali commerciali.

Ai sensi dell'art. 2 n. 8 della direttiva 2011/83/UE sono da considerarsi «negoziati fuori dei locali commerciali» tutti i contratti che siano stati conclusi *a)* «alla presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, in un luogo diverso dai locali del professionista», ed altresì *b)* tutti i contratti che risultino conclusi a seguito di «un'offerta da parte del consumatore», fuori dei locali commerciali.

Da tale disposizione emerge allora che – diversamente da quanto disponeva l'art. 1, par. 1° della direttiva 85/577/CEE – la nuova direttiva sui diritti dei consumatori non subordina più la tutela del consumatore alla sussistenza di un «contratto porta a porta», ovverosia alla circostanza che il contratto sia stato negoziato e concluso in un luogo o in un'occasione determinata (*id est* durante una «escursione organizzata» o una visita al «domicilio» o sul «luogo di lavoro» del consumatore)<sup>28</sup>. Necessaria e sufficiente per l'applicabilità della direttiva è la sola circostanza che la volontà negoziale del consumatore – sia essa di proposta o di accettazione – non sia stata manifestata nei locali del professionista.

Da ciò ne conseguono una serie di corollari.

In primo luogo che, a voler essere rigorosi, bisognerebbe ritenere ormai priva di fondamento normativo la stessa formula «contratto porta a porta»,

---

comprendere tutti quei contratti che non siano conclusi mediante l'impiego di un regime organizzato di vendita a distanza e nei quali, ciò nonostante, i contraenti consumatori appaiono bisognosi di tutela. La scelta del Legislatore di prevedere come meramente facoltativa una siffatta modifica del campo di applicazione della direttiva 2011/83/UE, è probabilmente dovuta ad una sorta di compromesso tra la posizione restrittiva del Parlamento europeo e quella fortemente consumeristica della Commissione, atteso che la nozione di «contratto a distanza», originariamente elaborata dalla Commissione nella Proposta di direttiva, non conteneva alcun riferimento all'impiego da parte del professionista di qualsivoglia *sistema organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza*. Al riguardo v. art. 2 n. 6 della proposta di direttiva. Per un commento al *considerando* n. 13 della direttiva: O. UNGER, *op. cit.*, p. 277; per un commento alla corrispondente disposizione della proposta di direttiva v. invece M. SCHAUER, *Fernabsatzverträge*, in *Jud-Wendehorst, Neuordnung des Verbraucherprivatrecht in Europa*, Wien-Manz, 2009, p. 104.

<sup>28</sup> Il contratto concluso durante un viaggio promozionale continua tuttavia ad essere contemplato anche nell'art. 2n. 8 lett. *d)* dir. 2011/83/UE.

dovento questa essere sostituita, nel linguaggio tecnico, con quella più appropriata di «contratto negoziato fuori dei locali commerciali»

In secondo luogo che assume rilevanza stabilire con precisione quali locali possano essere qualificati come locali commerciali del professionista: tale è, ai sensi dell'art. 2 n. 9, *a*), qualsiasi locale immobile adibito alla vendita al dettaglio in cui il professionista esercita la sua attività su base permanente e *b*) qualsiasi locale mobile adibito alla vendita al dettaglio in cui il professionista esercita la propria attività a carattere abituale.

In terzo e ultimo luogo, che l'esclusività del presupposto della *negoziazione del contratto fuori dei locali commerciali* ai fini dell'applicabilità della direttiva 2011/83/UE, per un verso, rende irrilevante stabilire se la tutela accordata dalla direttiva al contraente debole venga meno in quelle ipotesi – espressamente escluse dall'art. 1 par. 1°, 1ª proposizione direttiva 85/577/CEE – in cui sia stato lo stesso consumatore a sollecitare la visita del professionista<sup>29</sup>: come si chiarisce nel *considerando* 21, infatti, la mera circostanza che il contratto non sia stato concluso nei locali del professionista, induce a ritenere che il consumatore abbia subito «una potenziale pressione psicologica o [possa] trovarsi di fronte a un elemento di sorpresa, indipendentemente dal fatto che abbia richiesto o meno la visita del professionista»<sup>30</sup>; per un altro verso, la stessa esclusività di tale presupposto induce a considerare conclusi fuori dei locali commerciali, ai sensi dell'art. 2 n. 8 *c*) della direttiva 2011/83/UE, anche quei contratti in cui la fase della negoziazione sia

---

<sup>29</sup> Cfr. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, *ibidem*, il quale osserva come in tal modo la direttiva 2011/83/UE abbia accolto ed esteso a tutti gli Stati membri una regola un tempo prevista soltanto da alcune legislazioni nazionali, tra le quali anche quella italiana (art. 45 c.cons.). Al riguardo si veda P. Torino, 8 luglio 1994, in *Giur. piemontese*, 1995, p. 107 ove espressamente si afferma: «Il d.leg. 15 gennaio 1992 n. 50, con cui l'ordinamento italiano ha dato attuazione alla direttiva 85/577/Cee, è espressamente applicabile a tutti i contratti conclusi, in qualsiasi forma, al di fuori dei locali commerciali e, quindi, anche ai contratti stipulati durante la visita dell'operatore commerciale al domicilio del consumatore; non rileva, al fine di un'eventuale esclusione di una tale operatività, la circostanza che la visita dell'operatore commerciale sia stata sollecitata, come è avvenuto nel caso di specie, dal consumatore stesso».

<sup>30</sup> Coerente con questa impostazione è la disposta inapplicabilità della direttiva ai casi – anch'essi contemplati dallo stesso *considerando* 21 – in cui il professionista si sia sì recato al domicilio del consumatore con «l'unico scopo di fare delle misurazioni o di fornire una stima senza alcun impegno da parte del consumatore», ma il contratto sia stato concluso – nei locali commerciali del professionista o tramite mezzi di comunicazione a distanza – in un momento cronologicamente successivo, tale cioè da far presumere che il consumatore abbia avuto tutto il tempo per riflettere sulla stima fornita dal professionista prima della conclusione del contratto.

avvenuta fuori dei locali commerciali, mentre quella della conclusione sia avvenuta «immediatamente» dopo nei locali commerciali del professionista ovvero mediante l'impiego di tecniche di comunicazione a distanza<sup>31</sup>.

### 3. Le definizioni di «contratto di servizi».

#### 3.1 La *ratio* della definizione.

Considerando che lo scopo perseguito dalla direttiva 2011/83/UE è quello di tutelare il consumatore da particolari tecniche di conclusione del contratto, l'applicabilità delle sue disposizioni dovrebbe essere subordinata alla mera circostanza, necessaria e sufficiente, che il consumatore abbia concluso con un professionista un «contratto a distanza» o «negoziato fuori dei locali commerciali», senza operare alcuna distinzione in relazione all'oggetto specifico del contratto.

Invero, era questa l'estensione del campo di applicazione delle direttive sui contratti porta a porta e a distanza, atteso che il Legislatore intendeva tutelare il consumatore in via generale, ovvero sia in qualsiasi contratto stipulato *tra un commerciante che fornisce beni o servizi e un consumatore* (art. 1 par. 1° direttiva 85/577/CEE) ovvero in *qualsunque contratto avente per oggetto beni o servizi* (art. 2 n. 1 direttiva 97/7/CE)<sup>32</sup>.

È noto però come proprio la genericità della nozione di servizi abbia rappresentato una delle maggiori difficoltà per l'individuazione del corretto campo di

---

<sup>31</sup> In tal modo, infatti, la direttiva ha accolto una regola prevista dal Legislatore tedesco al § 312 *BGB*, tesa a tutelare il consumatore dalle ipotesi in cui il “contatto” con il professionista fuori dei locali commerciali abbia determinato il sorgere di una volontà negoziale, che però verrà manifestata soltanto *immediatamente* dopo nei locali del professionista. Al riguardo v. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 47s. circa l'interpretazione della disposizione ad opera della giurisprudenza tedesca v. *BGH*, 22. 9. 2008 - II ZR 257/07 (KG), in *NJW* 2009, p. 431 Rn. 9.

<sup>32</sup> In questo contesto erano eccezionali i limiti all'estensione della tutela del consumatore. In particolare, l'applicabilità della direttiva 85/577/CEE era esclusa nelle sole fattispecie previste dall'art. 3, tra le quali la più rilevante era sicuramente rappresentata da quella sancita nella lettera *a)*, relativa ai contratti per la costruzione, vendita e locazione di beni immobili e ai contratti relativi ad altri diritti concernenti beni immobili. Circa le esclusioni dall'ambito di applicazione della direttiva 97/7/CE v. invece art. 3 e, con specifico riferimento alle esclusioni dalle disposizioni relative al diritto di recesso, art. 6 co. 3°.

applicazione delle direttive degli anni '80 e '90 di tutela del consumatore nei contratti porta a porta e a distanza.

A tal proposito sembra sufficiente richiamare la copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, con la quale – contrariamente alle convinzioni di larghissima parte della dottrina europea – è stata riconosciuta alle disposizioni della direttiva 85/577/CEE una «forza espansiva» nella disciplina di fattispecie da essa non espressamente contemplate o addirittura apparentemente escluse<sup>33</sup>.

Al momento dell'emanazione della direttiva 85/577/CEE era infatti difficile prevedere che la disciplina dei contratti porta a porta sarebbe stata applicata anche nei contratti aventi ad oggetto l'adesione ad un fondo immobiliare chiuso costituito in forma di società di persone, qualora lo scopo di una tale adesione non sia in via prioritaria quello di divenire membro della società, bensì di investire capitali<sup>34</sup>.

Allo stesso modo era difficile immaginare che anche i contratti in cui *il consumatore fornisce* una fideiussione al professionista sarebbero stati qualificati come contratti aventi ad oggetto servizi ai sensi della direttiva 85/577/CE, atteso che l'art. 1 di tale direttiva – nell'individuare il campo di applicazione della

---

<sup>33</sup> Numerose sono le sentenze con le quali la Corte di giustizia ha riconosciuto l'applicabilità della direttiva 85/577/CEE a contratti che essa sembrava escludere dal suo campo di applicazione. Vedi ad es. Corte di giustizia dell'UE, 22 aprile 1999, *Travel Vac SL contro Manuel José Antelm Sanchis*, Causa C-423/97, *Raccolta della giurisprudenza*, 1999, p. I-02195, pubblicata anche in *Foro it.*, 1999, IV, 233, con nota di PALMIERI - DI CIOMMO. Con questa sentenza la Corte di Giustizia ha statuito che la direttiva 85/577/CEE, trova applicazione anche ai contratti aventi ad oggetto l'acquisto di un diritto d'uso a tempo parziale su un bene immobile e la fornitura di servizi aventi un valore superiore a quello dello stesso diritto d'uso. In tal modo è stato inaugurato un indirizzo giurisprudenziale, teso ad interpretare in maniera restrittiva l'esclusione di cui all'art. 3, n. 2, lett. a) della direttiva n. 85/577/CEE, ai cui sensi essa non si applica «ai contratti per la costruzione, vendita e locazione di beni immobili e ai contratti relativi ad altri diritti concernenti beni immobili». Per l'applicabilità della direttiva n. 85/577/CEE ai contratti di credito fondiario stipulati per finanziare l'acquisto di un bene immobile cfr. Corte di Giustizia UE, 13 dicembre 2001, causa C-481/99, *Heininger*, in *Foro it.*, 2002, IV, 57, con nota di PALMIERI, e in *Corr. giur.* 2002, 869, con nota di CONTI.

<sup>34</sup> Corte di giustizia, 15 aprile 2010, *E. Friz GmbH contro Carsten von der Heyden*, Causa C-215/08, *Raccolta della giurisprudenza*, 2010, p. I-02947. Per un commento a questa sentenza v. G. BENINI, *Collocamento "fuori sede" di quote di fondi di investimento immobiliare e recesso del cliente-consumatore: direttiva n. 85/577/CEE, codice del consumo e t.u.f.*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, p.953ss.; G. PATTI, *Prodotti finanziari e contratti con i consumatori. Una recente pronuncia della Corte di giustizia a confronto con la securities law americana*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, p.1015ss.

direttiva stessa – si riferisce ai contratti in cui è *il commerciante che fornisce* beni o servizi al consumatore<sup>35</sup>.

Anche le disposizioni della direttiva 97/7/CE relative ai contratti aventi ad oggetto una prestazione di servizi sono state criticate per l'eccessiva genericità della loro formulazione, tale da non consentire all'interprete l'esatta determinazione dei contratti per la prestazione di servizi esclusi dal novero di quelli rientranti nel suo campo di applicazione<sup>36</sup>.

In ragione di ciò, se le disposizioni della direttiva 2011/83/UE si fossero limitate a ribadire nuovamente la generale tutela del consumatore in tutti i contratti per la prestazione di servizi, senza stabilire cosa debba intendersi per «contratto di servizi», sarebbe stato sicuramente disatteso uno degli scopi principali del Legislatore europeo, ovvero sia quello di rimuovere le incoerenze e le incertezze sollevate dalla precedente disciplina di tutela del consumatore.

Da questo punto di vista si comprendono allora le ragioni che hanno indotto il Legislatore ad enucleare una nozione di «contratto di servizi» e a prevedere una lunga e dettagliata serie di fattispecie contrattuali, nelle quali – nonostante il

---

<sup>35</sup> Si veda al riguardo la sentenza della Corte di Giustizia UE, 17 marzo 1998, Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG c. Edgard Dietzinger, Causa C-45/96, *Raccolta della giurisprudenza*, 1998, p. I-01199, con la quale, qualificando i contratti di garanzia come contratti aventi ad oggetto servizi, sono stati ricondotti nell'ambito di applicazione della direttiva 85/577/CE, anche i contratti in cui il consumatore *fornisce* una fideiussione al professionista, nonostante l'art. 1 di tale dir. preveda che essa si applica ai contratti in cui è il commerciante che *fornisce* beni o servizi e un consumatore. Per un commento della sentenza, v. M. GRANIERI, *Natura accessoria della fideiussione nei contratti conclusi fuori dei locali commerciali*, *Il Corriere giuridico*, 1998 p. 771; M. FRANZEN, *Der EuGH und das Bürgerliche Recht: dargesellt am Beispiel der EuGH-Urteile "Dietzinger" und "Draehmpaehl"*, in *Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag*, München, 2001 p. 889; S. BITTNER, *Bürgschaft, Haustürgeschäft, Haustürwiderrufsrichtlinie*, *BB*, 2004, p. 46.

<sup>36</sup> Al riguardo v. la sentenza della Corte di giustizia del 10 marzo 2005, easyCar (UK) Ltd contro Office of Fair Trading, Causa C-336/03, *Raccolta della giurisprudenza*, 2005, p. I-01947, con la quale i giudici di Lussemburgo hanno statuito che l'art. 3, n. 2, della direttiva 97/7/CE, ai cui sensi la direttiva non trova piena applicazione ai contratti di fornitura di servizi relativi all'alloggio, ai trasporti, alla ristorazione, al tempo libero, dev'essere interpretato nel senso che la nozione di «contratti di fornitura di servizi relativi ai trasporti» ricomprende l'insieme dei contratti che disciplinano i servizi in materia di trasporti, ovvero sia quelli che comportano, di per sé, il trasporto del cliente o dei suoi beni, sia quelli che, come il noleggio di autoveicoli, consentono solo di mettere a disposizione del consumatore un mezzo di trasporto. Cfr. anche La Comunicazione della Commissione del 21 settembre 2006, COM(2006) 514, def. p. 8, ove espressamente si afferma che «La sentenza della Corte di giustizia europea nel caso Easycar, in cui la Corte ha deciso che il noleggio di automobili equivale a "trasporto" ai sensi della direttiva, indica che la direttiva non copre alcuni contratti a distanza che la Commissione e almeno alcuni Stati membri intendevano includere».

contratto sia stato concluso porta a porta o a distanza e il professionista si sia obbligato all'esecuzione di una prestazione di servizio – la tutela apprestata dalla direttiva 2011/83/UE è totalmente o parzialmente esclusa.

### **3.2. La portata della definizione di «Contratto di servizi».**

La scelta di inserire nel testo dell'art. 2 n. 6 della direttiva 2011/83/UE la definizione di «contratto di servizi» rappresenta certamente un importante passo nella direzione di chiarire e delimitare i confini del campo di applicazione della disciplina di tutela del consumatore nei contratti conclusi a distanza o fuori dei locali commerciali.

Tuttavia, isolatamente considerata, questa definizione sembra scontare un eccesso di genericità, atteso che in base ad essa è da qualificarsi come «contratto di servizi» qualsiasi «contratto diverso da un contratto di vendita, in base al quale il professionista fornisce o si impegna a fornire un servizio al consumatore e il consumatore paga o si impegna a pagarne il prezzo».

Parrebbe doversene dedurre, infatti, che la definizione di «contratto di servizi» elaborata dalla direttiva 2011/83/UE sia una definizione negativa – ai sensi dell'art. 2 n. 6: *contratto di servizi è un contratto diverso da [...] – i cui confini esatti possono essere tracciati soltanto mediante un riferimento alle altre definizioni elaborate dalla direttiva 2011/83/UE in relazione ai possibili contenuti del contratto.*

Al riguardo viene innanzitutto in rilievo la nozione di «contratto di vendita», definito dall'art. 2 n. 5 della direttiva 2011/83/UE come il contratto mediante il quale «il professionista trasferisce o si impegna a trasferire la proprietà di beni al consumatore e il consumatore ne paga o si impegna a pagarne il prezzo, *inclusi i contratti che hanno come oggetto sia beni che servizi*»<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Per «bene» si intende ai sensi dell'art. 2 n. 3 della direttiva 2011/83/UE «qualsiasi bene mobile materiale ad esclusione dei beni oggetto di vendita forzata o comunque venduti secondo altre modalità dalle autorità giudiziarie; rientrano fra i beni oggetto della presente direttiva l'acqua, il gas e l'elettricità, quando sono messi in vendita in un volume delimitato o in quantità determinata». La dottrina ritiene quindi che la nozione di vendita impiegata dalla direttiva si presti a ricomprendere non solo i contratti di vendita in senso proprio (sia ad efficacia reale o ad efficacia

Ne consegue che tutte le volte in cui il trasferimento della proprietà di un bene mobile al consumatore, sia accompagnato dall'esecuzione di una prestazione di servizi, il relativo contratto stipulato dal consumatore con il professionista dovrà essere qualificato come contratto di vendita<sup>38</sup>.

Ciò vale senza dubbio nelle ipotesi in cui la prestazione di servizi abbia carattere accessorio rispetto alla prestazione traslativa, come avviene, ad esempio, qualora il professionista si impegni all'adempimento di obblighi di manutenzione, consulenza o assistenza post-vendita; perplessità sussistono invece in merito alla possibilità di qualificare il contratto concluso dalle parti come «contratto di vendita», tutte le volte in cui la prestazione di servizi – sebbene non possa considerarsi caratteristica del negozio, perché eseguita pur sempre nel contesto di un contratto diretto al trasferimento di un bene – non sia meramente eventuale<sup>39</sup>.

Tuttavia, sembra opportuno sottolineare che – nello specifico contesto normativo della direttiva 2011/83/UE – la qualificazione del negozio concluso dalle parti in termini di «contratto di vendita» o di «contratto di servizi» rileva pressoché esclusivamente al fine di stabilire quale sia il regime di tutela del consumatore, molto diversi essendo la portata e i contenuti dell'obbligo di informazione e degli effetti del diritto di recesso nella disciplina del contratto di vendita e nella disciplina del contratto di servizi<sup>40</sup>.

Con la prima e immediata conseguenza che, ove tali differenze tendano ad assottigliarsi ovvero non sussistano – in ragione di un regime di tutela comune alle due tipologie di contratti – la qualificazione del contratto non assume più rilevanza alcuna ai fini dell'applicabilità delle disposizioni della direttiva. Così, ad esempio,

---

obbligatoria), bensì anche i contratti di somministrazione di periodica o continuativa di beni cose mobili. Cfr. G. De Cristofaro, *op. cit.*, p. 41

<sup>38</sup> Così G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 41.

<sup>39</sup> È evidente che il problema ha modo di porsi all'attenzione dell'interprete soprattutto in relazione ai contratti di appalto e d'opera di bene. Al riguardo v. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 41, secondo il quale «Qualora tuttavia dovesse ritenersi che “contratti di vendita”, nel senso della direttiva, siano tutti e soltanto quelli in cui la prestazione traslativa (della proprietà della cosa mobile) costituisce la prestazione essenziale e fondamentale posta a carico del professionista, i contratti d'opera e d'appalto dovrebbero necessariamente qualificarsi (non come contratti di vendita, bensì) come «contratti di servizio», dal momento che in essi la prestazione traslativa è accessoria e secondaria rispetto alla prestazione di *facere* che l'appaltatore/prestatore si impegna ad eseguire nei confronti del committente»

<sup>40</sup> Circa la disciplina dell'obbligo di informazione e degli effetti del diritto di recesso v. *infra*.

non sembra revocabile in dubbio che sia inutile impegnarsi nella qualificazione del contratto in termini di vendita o di prestazione di servizi ai fini dell'applicabilità dell'art. 27 della direttiva, posto che sia in caso di *fornitura non richiesta di beni* o di *prestazione non richiesta di servizi*, la tutela accordata dal Legislatore si risolve in entrambi i casi nell'esonero del consumatore dall'obbligo di fornire qualsiasi prestazione corrispettiva<sup>41</sup>.

In secondo luogo – con specifico riferimento alla disciplina del diritto di recesso – non si pone un problema di qualificazione del negozio, bensì di qualificazione delle singole prestazioni cui il professionista si sia impegnato. Ai sensi del *considerando* n. 50, infatti, «per i contratti che hanno ad oggetto sia beni che servizi, le norme sulla restituzione dei beni (..) si dovrebbero applicare agli aspetti relativi ai beni, mentre il regime di compensazione per i servizi si applica agli aspetti relativi ai servizi».

Sia la qualificazione del contratto, sia la qualificazione delle singole prestazioni nei contratti misti, non possono essere compiute in astratto, bensì soltanto in relazione al caso di specie, mediante la rigorosa applicazione dei criteri ermeneutici individuati sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza<sup>42</sup>.

Con la conseguenza che, dall'angolo prospettico della disciplina applicabile, l'interprete è tenuto a compiere una qualificazione delle singole prestazioni – in termini di *dare* o di *facere* – alla cui esecuzione le parti si siano obbligate con la stipula del negozio, al fine di poter correttamente applicare le

---

<sup>41</sup> A queste conclusioni giunge anche G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 39, secondo cui «gli artt. 19, 21, 22 e 27 [della direttiva] si applicano a tutti i contratti, a prescindere dal luogo e dalle modalità con cui le parti li abbiano conclusi».

<sup>42</sup> Al riguardo v. Corte di giustizia dell'UE, del 25 febbraio 2010, Car Trim GmbH contro KeySafety Systems Srl, C-381/08, *Raccolta della giurisprudenza*, 2010, p. I-01255: ai punti 34 ss. di tale sentenza la Corte fornisce criteri ermeneutici utili per determinare quale sia l'obbligazione caratteristica del contratto. Per la giurisprudenza italiana, v. Cass. civ., sez. II, 17 aprile 2001, n. 5609, ove si afferma che la qualificazione del contratto come appalto d'opera o di servizi costituisce accertamento di fatto riservato al giudice. Con specifico riferimento alle caratteristiche tipiche di una prestazione di servizio v. in dottrina: F. BOCCHINI, *La somministrazione di servizi*, Padova 1999, p. 79ss.; R. TOMMASINI, *I servizi come beni*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 132ss.; C. WENDEHORST, *Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht*, in *AcP*, 2006, p. 226ss.

disposizioni della direttiva e, in particolare, la disciplina degli effetti del diritto di recesso<sup>43</sup>.

In terzo e ultimo luogo, sembra altresì possibile affermare che la qualificazione del contratto non assume alcuna rilevanza ai fini della tutela del consumatore tutte le volte in cui, a prescindere dalla natura della prestazione cui si sia impegnato il professionista, il contratto in concreto concluso dalle parti sia riconducibile ad una delle materie o dei settori espressamente esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva 2011/83/UE.

Così ad esempio non dovrebbe assumere alcuna rilevanza ai fini della direttiva stabilire se sia stato concluso un contratto di vendita o di servizi, qualora le parti abbiano provveduto alla conclusione del contratto dinanzi ad un notaio (art. 3 par. 3° lett. i)), ovvero qualora il professionista si sia impegnato a fornire al consumatore un bene confezionato su misura o chiaramente personalizzato (art. 16 lett. c)). In questi casi, la qualificazione del contratto rileva unicamente ai fini dell'applicabilità delle norme in materia di contratti dettate dai singoli Legislatori nazionali.

### **3.3. I contratti aventi ad oggetto contenuti digitali forniti su un supporto non materiale: esclusione dal campo di applicazione delle disposizioni relative ai contratti per la prestazione di servizi.**

Le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE articolavano la tutela del consumatore nei contratti porta a porta e a distanza distinguendo esclusivamente tra i contratti aventi ad oggetto beni e i contratti aventi ad oggetto servizi.

La direttiva 2011/83/UE, invece, si segnala perché – oltre alla disciplina dei contratti di vendita e di servizi – contempla la disciplina di un'ulteriore (e fino ad oggi sconosciuta) fattispecie negoziale: quella dei contratti aventi ad oggetto un contenuto digitale, tali dovendo considerarsi, in base alla definizione tautologica

---

<sup>43</sup> Il *considerando* n. 50 impone cioè di procedere ad un'interpretazione del contratto sulla base della «teoria della combinazione» e non dell'«assorbimento» per l'individuazione dei punti di riferimento normativi. Al riguardo v. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2011, p. 820s.; F. MESSINEO, voce «*Contratto innominato (atipico)*», in *Enc. dir.* X, Milano, 1962, p. 138.

fornita dall'art. 2 n. 11 – tutti i contratti relativi «a dati prodotti o forniti in formato digitale»<sup>44</sup>.

Un contributo nella definizione e disciplina di questa nuova fattispecie contrattuale è fornito però dal *considerando* n. 19, essendo *ivi* richiamati, seppur a titolo meramente esemplificativo, alcuni contenuti digitali, quali i programmi informatici, applicazioni, giochi, musica, video o testi, indipendentemente dal fatto che l'accesso a tali dati avvenga tramite *download*, *streaming* o in un altro modo.

Il *considerando* n. 19 consente inoltre di qualificare i contratti relativi ad un contenuto digitale, distinguendo a tal proposito in ragione delle modalità impiegate dal professionista per la fornitura del contenuto stesso.

A tal proposito si chiarisce che, se le parti si sono accordate affinché il contenuto digitale sia fornito su un supporto materiale<sup>45</sup>, allora il contratto da esse concluso deve essere qualificato come avente ad oggetto un bene ai sensi dell'art. 2 n. 3, con conseguente applicabilità delle disposizioni della direttiva 2011/83/UE relative al contratto di vendita<sup>46</sup>.

In ragione di ciò sarebbe logico dedurre che, tutte le volte in cui le parti si siano accordate affinché il contenuto digitale sia fornito al consumatore senza

---

<sup>44</sup> Critica la definizione fornita dalla direttiva anche V. CAP, *Grundsätzliches zur Verbraucherrechte-Richtlinie: Entstehung, Anwendungsbereich, Zentralbegriffe, Harmonisierungsgrad*, in *Richtlinie über die Rechte der Verbraucher*, Wien 2012, p. 19, secondo la quale «Diese Begriffsbestimmung ist nicht wirklich aussagekräftig». Vedi anche M. LEHMANN - A. DE FRANCESCHI, *Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 419ss., ove si sottolinea come la direttiva sui diritti dei consumatori – unitamente alla proposta di Regolamento relativa ad un diritto comune europeo della vendita, del 13 ottobre 2011, COM (2011) 653 def. – rappresentino i primi atti normativi diretti a disciplinare i contratti relativi alla fornitura di «contenuti digitali».

<sup>45</sup> Cosa debba intendersi per «supporto materiale» ai sensi del *considerando* n. 19 non è però dato sapere. Particolarmente dubbia è la riconducibilità di tale nozione in quella di «supporto durevole» di cui all'art. 2 n. 10, atteso che quest'ultima nozione – sebbene comprenda anche i CD e DVD, ovverosia supporti considerati *materiali* nel *considerando* n. 19 – sembra essere connotata da un carattere di specificità, consistente nella circostanza che il supporto durevole deve essere idoneo a contenere (e consentire la conservazione) di mere *informazioni* e non di *contenuti digitali*; con la conseguenza che debbono considerarsi supporti durevoli anche supporti che non sono qualificabili come «supporti materiali», quali ad esempio documenti cartacei.

<sup>46</sup> Con la precisazione però che ai sensi dell'art. 16 lett. *i*) il diritto di recesso è escluso in caso di «fornitura di registrazioni audio o video sigillate o di software informatici sigillati che sono stati aperti dopo la consegna».

l'ausilio di un supporto materiale, l'accordo da esse raggiunto integra gli estremi per l'applicabilità della disciplina del contratto di servizi<sup>47</sup>.

Viceversa, con una scelta assolutamente discrezionale, il Legislatore ha stabilito che, qualora la fornitura del contenuto digitale non avvenga su un supporto materiale, l'accordo delle parti integrerà gli estremi di un'autonoma figura negoziale<sup>48</sup>.

In virtù di ciò, è possibile distinguere all'interno della direttiva 2011/83/UE un ulteriore nucleo normativo – specificamente riferito alla disciplina della tutela del consumatore nei contratti aventi ad oggetto contenuti digitali – composto da una pluralità di disposizioni, alcune delle quali integrano gli obblighi di informazione gravanti in capo al professionista (art. 6 par. 1° lett. *r*)-*s*)), altre stabiliscono invece speciali requisiti di forma del contratto (Art. 7 par. 2°), altre ancora si riferiscono in modo specifico ai termini (art. 9 par. 2° lett. *c*)) e alla possibilità per il consumatore di esercitare il diritto di recesso (art. 16 lett. *m*)), nonché agli effetti derivanti dall'esercizio di tale diritto (Art. 14 par. 4° lett. *b*)).

Tali disposizioni, per ragioni di coerenza, non saranno oggetto di esame nel prosieguo della nostra indagine, non essendo esse in alcun modo riferibili ed applicabili ai contratti per la prestazione di servizi<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Così anche O. UNGER, *op. cit.*, p. 299ss., che a tal proposito richiama la soluzione adottata nella Proposta di direttiva presentata dalla Commissione.

<sup>48</sup> Così *considerando* n. 19 4<sup>a</sup> proposizione ove si afferma che: «Analogamente ai contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, o di teleriscaldamento, i contratti per la fornitura di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale non dovrebbero essere considerati ai sensi della presente direttiva né un contratto di vendita né un contratto di servizi». Preme sottolineare, tuttavia, che il riferimento ai contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità e teleriscaldamento, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, potrebbe rivelarsi fuorviante, nella misura in cui dovesse indurre a ritenere che a tali contratti si applica un'ulteriore e autonoma disciplina. Invero, la disciplina dei contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata è la medesima dei contratti relativi alla prestazione di servizi.

<sup>49</sup> Per un dettagliato esame delle disposizioni della direttiva 2011/83/UE si rinvia a M. LEHMANN - A. DE FRANCESCHI, *op. cit.*, *passim*.

### 3.4. *Segue: I contratti per la prestazione di servizi esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva.*

Nonostante le distinzioni sin qui compiute, la nozione di «contratto di servizi» accolta dalla direttiva 2011/83/UE si rivela comunque estremamente ampia, essendo essa suscettibile di includere «tutti i contratti a titolo oneroso con i quali il professionista si obbliga nei confronti di un consumatore ad eseguire una o più prestazioni di *facere*, materiale, giuridico e/o intellettuale»<sup>50</sup>.

Se ciò è senz'altro vero, è però altrettanto vero, che la portata di tale nozione risulta considerevolmente ridimensionata in ragione delle numerosissime fattispecie escluse dall'ambito di applicazione della direttiva 2011/83/UE.

Al riguardo, assumono in primo luogo rilievo quelle fattispecie che non rientrano nel campo di applicazione della direttiva sui diritti dei consumatori per ragioni di coerenza del europeo dei contratti, essendo esse già disciplinate in modo esauriente da altrettante specifiche normative di tutela del consumatore.

È questo il caso dei contratti aventi ad oggetto servizi finanziari (art. 3 par. 3° lett. d)), dovendosi intendere per tali – ai sensi dell'art. 2 n. 12 della direttiva – tutti i contratti relativi a servizi di natura bancaria, creditizia, assicurativa, ed i servizi pensionistici individuali, di investimento o di pagamento<sup>51</sup>. È questo altresì il caso dei contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi turistici (art. 3 par. 3° lett. g)), atteso che essi risultano già disciplinati dalla direttiva 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti tutto compreso; nonché dei «contratti di

<sup>50</sup> Così G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 42.

<sup>51</sup> Cfr. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 45 ove si osserva che in tal modo il Legislatore europeo smentisce quella copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE che aveva sostenuto la «forza espansiva» della disciplina contenuta nella direttiva 85/577/CEE, riconoscendo tutela al consumatore anche in svariate fattispecie quali ad es.: i contratti di fideiussione che una persona fisica (non imprenditore individuale né libero professionista) conclude con un istituto di credito per garantire i debiti che nei confronti dell'istituto di credito medesimo un'altra persona fisica abbia assunto per scopi di natura privata/familiare (Corte di giustizia dell'UE, 17 marzo 1998, causa C-45/96, *Dietzinger cit.*); i contratti di credito fondiario (Corte di giustizia dell'UE, 13 dicembre 2001, causa C-481/99, *Heininger cit.*); i contratti aventi ad oggetto l'adesione di un consumatore ad un fondo immobiliare chiuso costituito in forma di società di persone, qualora tale adesione si risolva in una forma di investimento di capitali e non abbia come scopo prioritario quello di far divenire il consumatore membro della società (Corte di giustizia dell'UE, 15 aprile 2010, causa C-215/08, *Friz, cit.*). Invero tra i «servizi finanziari» esclusi dal suo campo di applicazione, la direttiva 85/577/CEE menzionava esclusivamente i contratti di assicurazione (art. 3 lett. d)) e i contratti aventi ad oggetto valori mobiliari (art. 3 lett. e)).

multiproprietà» (art. 3 par. 3° lett. h)) che rientrano invece nell'ambito di applicazione della direttiva 2008/122/CE<sup>52</sup>. Infine debbono considerarsi esclusi per evitare una *collisione* con altre normative specifiche dell'Unione europea anche i contratti di trasporto di passeggeri (art. 3 par. 3° lett. k)<sup>53</sup>.

Orbene, in relazione a tutte queste fattispecie, il Legislatore europeo ha evidentemente inteso regolare il concorso tra le disposizioni di tutela consumatore in base al principio *lex specialis derogat legi generali*, ovvero attribuendo prevalenza alle disposizioni di tutela del consumatore relative a contratti specifici (di credito, di assicurazione, di multiproprietà, di trasporto *etc.*) rispetto a quelle generali relative alla conclusione del contratto a distanza o fuori dei locali commerciali.

È tuttavia dubbio, se residui la possibilità di riferirsi alle disposizioni della direttiva 2011/83/UE tutte le volte in cui il contratto concluso dalle parti «a distanza» o «fuori dei locali commerciali» rientri tra le fattispecie espressamente escluse dall'ambito di applicazione delle specifiche discipline di tutela del consumatore<sup>54</sup>. In queste ipotesi, a rigore, non avendo luogo alcun concorso tra disposizioni ed essendo pertanto scongiurato qualsiasi rischio di contraddizione tra norme di pari rango del diritto europeo, il consumatore dovrebbe quanto meno

---

<sup>52</sup> In tal modo il Legislatore europeo smentisce il principio enunciato nella sentenza della Corte di giustizia dell'UE, del 22 aprile 1999, *Travel Vac SL contro Manuel José Antelm Sanchis*, Causa C-423/97, in *Raccolta della giurisprudenza*, 1999, p. I-02195, nel cui dispositivo si affermava che «La direttiva del Consiglio 20 dicembre 1985, 85/577/CEE, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, trova applicazione ad un contratto avente ad oggetto l'acquisto di un diritto d'uso a tempo parziale su un bene immobile e la fornitura di servizi aventi un valore superiore a quello dello stesso diritto d'uso».

<sup>53</sup> In relazione ai contratti di trasporto conclusi a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali deve tuttavia registrarsi un aumento di tutela del consumatore rispetto alla precedente disciplina contenuta nella direttiva 97/7/CEE. In primo luogo perché il *considerando* n. 27 della direttiva 2011/83/UE precisa che «le disposizioni (...) di protezione dei consumatori in caso di tariffe eccessive per l'utilizzo di mezzi di pagamento o in caso di costi occulti dovrebbero essere applicate anche ai contratti di trasporto di passeggeri». In secondo luogo perché – sempre ai sensi dello stesso *considerando* n. 27 – la direttiva 2011/83/UE trova certamente applicazione ai contratti di trasporto di merci o noleggio di autovetture, fatta eccezione per le disposizioni relative al diritto di recesso. In tal modo risulta ridimensionata e contraddetta la pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Easycar*.

<sup>54</sup> Al riguardo vale sottolineare come in queste fattispecie la dottrina tedesca sostenga l'applicabilità delle disposizioni di protezione del consumatore in materia di *Haustürgeschäfte* und *Fernabsatzverträge*. Vedi G. RING, Sub § 312d, in *Schuldrecht, I, Nomos Kommentar zum BGB*, Baden-Baden 2012, Rn. 83; G. THÜSING, Sub § 312d BGB, in *Staudinger Kommentar zum BGB – Neubearbeitung*, Berlin 2013, Rn. 86.

beneficiare della disciplina di tutela del consumatore garantita dalla direttiva 2011/83/UE<sup>55</sup>.

In secondo luogo, assumono rilievo i contratti aventi ad oggetto *servizi sociali* (art. 3 par. 3 lett. a)), dovendosi intendere per tali ai sensi del *considerando* n. 29 il complesso dei servizi che sono forniti a persone particolarmente svantaggiate o a basso reddito, nonché alle persone e famiglie che necessitano di assistenza nello svolgimento di compiti quotidiani ovvero di sostegno, protezione e incoraggiamento in una fase particolare della vita<sup>56</sup>: la ragione di tale esclusione risiede ovviamente nella considerazione che i servizi sociali sono volti alla tutela di interessi predominanti e, a volte, addirittura incompatibili con la tutela degli interessi economici dei consumatori; con la conseguenza che la disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali o a distanza si rivela manifestamente inadatta a tutelare l'utente di un servizio sociale, a prescindere dalla natura pubblica o privata del fornitore del servizio stesso.

Ragioni di opportunità sembrano risiedere anche nell'esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva 2011/83/UE dei contratti aventi ad oggetto servizi di assistenza sanitaria ai consumatori, atteso che sia la rilevanza dell'interesse alla salute sia la notevole complessità tecnica dei presupposti per la fornitura e le modalità di esecuzione dei servizi sanitari, impongono di tutelare l'utente di tali servizi mediante la predisposizione di normative *ad hoc*<sup>57</sup>.

Perplessità solleva, invece, la scelta compiuta nell'art. 3 par. 3° lett. c) di escludere dall'ambito di applicazione della direttiva 2011/83/UE i contratti relativi a scommesse e giochi di fortuna, quali ad es. lotterie e giochi nei casino: attesa la larga diffusione di questi giochi – soprattutto via *internet* – e l'assenza di strumenti efficaci per la tutela dei consumatori, non appare del tutto convincente il

---

<sup>55</sup> Vedi più diffusamente *infra*.

<sup>56</sup> Nella 2ª proposizione del *considerando* n. 29 si specifica altresì che destinatari di servizi sociali possono essere sia bambini, giovani, sia intere famiglie, genitori soli, persone anziane o migranti.

<sup>57</sup> Il *considerando* n. 30 si riferisce a questo proposito alla direttiva 2011/24/UE del parlamento e del consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera., in GUUE, L 88 del 4 aprile 2011, p. 45ss. Circa il rapporto tra diritto dei consumi e diritto alla salute, v. C. PERFUMI, *Disciplina consumeristica e contratto di ospitalità*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 685ss.

*considerando* n. 31, che rinviene il fondamento di tale esclusione nella circostanza che *gli Stati membri dovrebbero poter adottare altre misure, anche più rigorose, di protezione dei consumatori in relazione a dette attività*<sup>58</sup>.

Perplessità potrebbe sollevare anche l'esclusione relativa ai contratti conclusi «per la creazione, l'acquisizione o il trasferimento di beni immobili o di diritti su beni immobili» (art. 3 par. 3° lett. *e*)), mediante la quale il Legislatore ha riproposto una disposizione già contenuta nella precedente disciplina dei contratti conclusi a distanza (v. art. 3 par. 1° dir. 97/7/CE), e fuori dei locali commerciali (art. 3 par. 2° lett. *a*) dir. 85/577/CEE)<sup>59</sup>.

A tale disposizione fa poi da *pendant* quella contenuta nell'art. 3 par. 3 lett. *f*), mediante la quale il Legislatore ha altresì escluso dal campo di applicazione della direttiva 2011/83/UE i contratti «per la costruzione di nuovi edifici, la

---

<sup>58</sup> In tal modo, infatti, il Legislatore europeo ha ripreso ed esteso la disposizione un tempo contenuta nell'art. 6 par. 3° della direttiva 97/7/CE, con la quale tuttavia si privava il consumatore della sola possibilità di esercitare il diritto di recesso – in ragione del carattere aleatorio di tali contratti (al riguardo v. F. VIGLIONE, Sub *art. 55 c.cons.*, in *Comm. De Cristofaro-Zaccaria*, Padova 2010, p. 464; G. RING, Sub § 312d, in *Schudlrecht*, I, *Nomos Kommentar zum BGB*, Baden-Baden 2012, Rn. 66) – ma non del diritto di ricevere le dovute informazioni in merito al servizio prestato dal professionista. Per una critica a questa esclusione v. anche B. LURGER, *Widerrufsrechte*, in Bydlinski/Lurger, *Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher*, Wien 2012, p. 65 che imputa la statuizione alle pressioni esercitate dalla Lobby durante l'iter di approvazione della direttiva. Circa la rilevanza economica dei cosiddetti *Online-Casinos* v. G. THÜSING, *op. cit.*, Rn. 67 ove si afferma che «Sogenannte Online-Casinos sind einer der am stärksten expandierenden Geschäftsbereiche im Internet. Bereits 2004 wurde der Umsatz weltweit auf über 16 Milliarden US-Dollar geschätzt».

<sup>59</sup> Tale esclusione era stata infatti animatamente criticata dalla dottrina in relazione alla precedente disciplina di tutela del consumatore. Al riguardo v. F. VIGLIONE, Sub *art. 51 c.cons.*, in *Comm. De Cristofaro-Zaccaria*, Padova 2010, p. 444, secondo cui «l'esclusione [...] pare trovare una sola, debole, giustificazione, nella circostanza per cui i contratti in parola rappresentano operazioni economicamente così rilevanti da porre il consumatore in allerta circa i possibili rischi della contrattazione. In realtà simile spiegazione appare tutt'altro che convincente ed anzi proprio la rilevanza degli interessi coinvolti nella contrattazione immobiliare rende più evidente l'opportunità di predisporre adeguate forme di tutela per il consumatore». Ciononostante sembra possibile affermare che tale esclusione, per un verso, si rivela coerente nello specifico contesto della direttiva 2011/83/UE e, segnatamente, con la disposizione di cui all'art. 3 co. 3° lett. *i*) della direttiva, atteso che la stipulazione di siffatti contratti richiede nella generalità dei casi l'intervento di un pubblico ufficiale, tenuto per legge all'imparzialità e a garantire, fornendo un'informazione giuridica completa, che la volontà del consumatore sia manifestata con la piena conoscenza della sua rilevanza giuridica; per un altro verso, tale esclusione sembra essere necessitata delle difficoltà insite nell'armonizzare le legislazioni nazionali in una materia, quella della costituzione e del trasferimento di diritti reali su beni immobili, in relazione alla quale sussistono rilevanti diversità disciplinari tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

trasformazione sostanziale di edifici esistenti e per la locazione di alloggi a scopo residenziale»<sup>60</sup>.

Il *considerando* n. 26 precisa che l'esclusione non rileva in relazione ai «contratti di servizi» relativi a beni immobili, tra i quali il Legislatore menziona – a titolo meramente esemplificativo – «quelli relativi alla costruzione di annessi di edifici (ad esempio un garage o una veranda) e quelli relativi alla riparazione e ristrutturazione di edifici diverse dalla *trasformazione sostanziale*, (...) così come i contratti relativi ai servizi di un agente immobiliare e quelli relativi alla locazione di alloggi a scopo non residenziale»<sup>61</sup>.

L'applicabilità della disciplina di tutela del consumatore in relazione ai «contratti di servizi» relativi a beni immobili incontra però un limite.

Pur restando molto ampio il novero dei «contratti di servizi» relativi a beni immobili – la tutela assicurata al consumatore e, segnatamente, la possibilità di sciogliere il contratto è limitata sia dall'art. 16 lett. *h*), ai cui sensi il diritto di recesso è escluso, tutte le volte in cui il consumatore abbia richiesto la visita del professionista ai fini dell'effettuazione *di lavori urgenti di riparazione o manutenzione*<sup>62</sup>, sia dalle indicazioni fornite dal *considerando* n. 21, ove si stabilisce che non rientrano nella nozione di contratto negoziato fuori dei locali commerciali le fattispecie in cui il professionista si sia sì recato al domicilio del consumatore, ma con «l'unico scopo di fare delle misurazioni o di fornire una stima senza alcun impegno da parte del consumatore» e il contratto sia stato successivamente concluso – nei locali commerciali del professionista o tramite mezzi di comunicazione a distanza – in un momento cronologicamente successivo,

---

<sup>60</sup> Deve invece essere rilevato che l'esclusione sancita nell'art. 3 par. 3 lett. *f*) si dimostra arbitraria nella misura in cui si riferisce anche ai contratti di locazione di alloggi destinati a scopo abitativo/residenziale, atteso che una siffatta esclusione non era contemplata nella precedente disciplina dettata dalla direttiva sui contratti conclusi a distanza (v. art. 3 par. 1, ult. trattino 97/7/CE e la corrispondente norma del Codice del consumo all'art. 51 lett. *d*)).

<sup>61</sup> Per trasformazione sostanziale deve intendersi soltanto quella che determina una «trasformazione paragonabile alla costruzione di un nuovo edificio, per esempio quando viene conservata solo la facciata di un vecchio edificio» (così *considerando* n. 26). In tal modo risulta confermata l'interpretazione dell'art. 3 par. 1° dir. 97/7/CE, che era stata compiuta da una parte considerevole della dottrina. Al riguardo v. G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *St. iuris*, 1999, p. 1193.

<sup>62</sup> Riguardo alla portata della disposizione contenuta nell'art. 16 lett. *h*) vedi quanto si dirà *infra*.

tale cioè da far presumere che il consumatore abbia avuto tutto il tempo per riflettere sulla stima fornita dal professionista prima della conclusione del contratto.

## SEZIONE III

## Obbligo di informazione

**1. La disciplina dell'obbligo di informazione gravante sul professionista: le novità sistematiche e precettive.**

La disciplina dell'obbligo di informazione contenuta nella direttiva 2011/83/UE si segnala innanzitutto dal punto di vista sistematico, perché unifica e armonizza nei precetti dell'art. 6 par. 1, i contenuti delle informazioni che debbono essere fornite al consumatore, senza compiere alcuna distinzione circa la portata dell'obbligo di informazione nei contratti conclusi a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali. Appendice di tale novità sistematica sono poi da considerarsi gli artt. 7 e 8 della direttiva, mediante i quali il Legislatore ha introdotto due diversi regimi delle modalità formali per la trasmissione delle informazioni, specificamente riferiti, il primo, ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali, il secondo, ai contratti conclusi a distanza.

Dal punto di vista squisitamente precettivo, invece, la disciplina dell'obbligo di informazione delineata dalla direttiva 2011/83/UE rappresenta un importante passo in avanti nella direzione di una maggiore protezione del consumatore sia nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali sia nei contratti conclusi a distanza<sup>63</sup>.

In relazione ai primi, è opportuno ricordare che la disciplina dell'obbligo di informazione precontrattuale contenuta nella direttiva 85/577/CEE era esiziale, atteso che essa si limitava a stabilire nell'art. 4, che il consumatore dovesse essere correttamente informato dell'esistenza del diritto di sciogliere il contratto. Viceversa, gli artt. 6 e 7 della direttiva 2011/83/UE regolano in modo analitico i contenuti, i tempi e la forma della trasmissione delle informazioni precontrattuali

---

<sup>63</sup> Si tenga presente, infatti, che ai sensi dell'art. 6 par. 5 dir. 2011/83/UE le informazioni fornite al consumatore nella fase precontrattuale sono destinate a divenire parte «integrante del contratto a distanza o del contratto negoziato fuori dei locali commerciali e non possono essere modificate se non con l'accordo espresso delle parti». Circa la rilevanza di tale previsione e dei problemi cui essa è suscettibile di dare luogo al momento della sua attuazione negli ordinamenti nazionali si rinvia a G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 71ss.

nei contratti porta a porta, in modo da assicurare al consumatore la conoscenza, in primo luogo, di tutti gli elementi indispensabili per scegliere se accettare o meno di concludere l'affare propostogli dal professionista e, in secondo luogo, di tutti i diritti e le facoltà che gli competono verso il professionisti nello svolgimento del rapporto negoziale<sup>64</sup>.

In relazione ai secondi, invece, gli artt. 4 e 5 della direttiva 97/7/CE dettavano certamente una disciplina dell'obbligo informativo di maggior rilievo rispetto a quella prevista per i contratti porta a porta ma, ciononostante, non consentivano di articolare i contenuti dell'obbligo di informazione in relazione al mezzo di comunicazione in concreto impiegato dal professionista per contattare il consumatore<sup>65</sup>. Tali aspetti sono invece stati presi in considerazione dalla direttiva 2011/83/UE, che nell'art. 8 prevede regole specifiche per la trasmissione delle informazioni, espressamente riferite all'ipotesi in cui il contratto sia stato concluso per via telematica (par. 2 e 3), per telefono (par. 6) ovvero mediante mezzi di comunicazione che concedono uno spazio limitato per la visualizzazione delle informazioni (par. 4).

## **2. I contenuti generali dell'obbligo di informazione di cui all'art. 6 par. 1 dir. 2011/83/UE.**

La disciplina dell'obbligo di informazione dettata nell'art. 6 par. 1 dir. 2011/83/UE si compone di un complesso eterogeneo di precetti, il cui campo di applicazione non è perfettamente coincidente.

A) Al riguardo possono innanzitutto essere distinte le informazioni che debbono essere fornite al consumatore nella fase prenegoziale, quale che sia l'oggetto del contratto (beni, servizi o "contenuti digitali") il procedimento seguito dalle parti per giungere alla sua conclusione (a distanza o fuori dei locali commerciali). Tali informazioni sono certamente quelle a cui fanno riferimento le disposizioni volte ad evitare che il professionista possa nascondersi nell'anonimato

---

<sup>64</sup> Così, *in verbis*, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 50s.

<sup>65</sup> Si consideri altresì quanto rilevato nel Capitolo III, Sezione III.

e nell'impersonalità del mezzo di comunicazione impiegato per la stipula del contratto (come ad esempio *internet*), e che per tale precipua ragione dispongono che il consumatore sia informato circa l'identità del professionista (art. 6 lett. *b*)), l'indirizzo geografico dove questi è stabilito, unitamente al suo numero di telefono, di fax e, se esistente all'indirizzo di posta elettronica (art. 6 lett. *c*)), nonché, soltanto se ulteriore e diverso, all'indirizzo ove il consumatore può indirizzare eventuali reclami che intenda rivolgere al professionista (art. 6 lett. *d*)).

B) Un ulteriore nucleo di informazioni è invece identificabile per il suo carattere *eventuale*, ovvero sia in ragione del fatto che la disciplina dell'obbligo di informazione dettata nell'art. 6 par. 1 contiene disposizioni suscettibili di trovare applicazione soltanto allorché sussistano determinati presupposti – quale ad es. l'esistenza di codici di condotta, a cui il professionista abbia aderito (art. 6 lett. *n*) – oppure soltanto qualora il regolamento contrattuale che il consumatore è tenuto ad approvare preveda la fornitura di servizi *postvendita* (art. 6 lett. *m*)), lo svolgersi nel tempo di un rapporto negoziale di durata (art. 6 lett. *o*, *p*)), garanzie finanziarie che il consumatore si impegna a fornire al professionista (art. 6 lett. *q*)), o, infine, la possibilità per le parti di ricorrere a meccanismi di composizione extragiudiziale di eventuali controversie (art. 6 lett. *t*)<sup>66</sup>.

C) Oltre a queste disposizioni – e prescindendo per il momento dalle disposizioni dettate nell'art. 6 par. 1 lett. *h*-*k*), specificamente riferite all'obbligo di informazione relativo allo *ius poenitendi* – il tenore letterale della direttiva dovrebbe indurre a ritenere che la portata dell'obbligo di informazione gravante in capo al professionista possa variare in relazione al diverso e possibile oggetto del contratto, atteso che alcune disposizioni si riferiscono espressamente soltanto ai contratti aventi ad oggetto beni o servizi (art. 6 lett. *a*, *e*, *g*)), altre ai soli contratti di vendita di beni (art. 6 lett. *l*)), altre ancora ai contratti aventi ad oggetto un contenuto digitale (art. 6 lett. *r*-*s*)). In realtà, però, il campo di applicazione delle informazioni elencate nell'art. 6 par. 1 dir. 2011/83/UE deve essere individuato congiuntamente all'art. 6 par. 2 dir. 2011/83/UE, ai cui sensi «il paragrafo 1 si

---

<sup>66</sup> Tali informazioni possono essere agevolmente identificate grazie alla caratteristica formulazione delle disposizioni, che si compone dell'inciso «se applicabili».

applica anche ai contratti per la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, di teleriscaldamento o di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale».

Con la conseguenza che, a rigore, la direttiva 2011/83/UE onera il professionista di trasmettere al consumatore tutte le informazioni prescritte dall'art. 6 par. 1, a prescindere dalla natura e dall'oggetto della prestazione alla cui egli si sia obbligato al momento della conclusione del contratto.

È ovvio però che, nonostante la disposta estensione del campo di applicazione dei precetti dettati nell'art. 6 par. 1, le informazioni *ivi* elencate non posso essere trasmesse monoliticamente al consumatore, essendo per converso opportuno e necessario ai fini della loro comprensibilità, che esse siano correttamente selezionate dal professionista in ragione dello specifico bene, servizio, contenuto digitale o fonte di energia che egli offre al consumatore<sup>67</sup>.

### **3. L'obbligo di informazione nei contratti per la prestazione di servizi.**

In coerenza con lo scopo del nostro studio, sembra opportuno prendere in considerazione le informazioni dell'art. 6 par. 1, dir. 2011/83/UE con particolare riferimento ai contratti per la prestazione di servizi, dovendo distinguere a tal proposito *a)* tra le informazioni relative agli *essentialia negotii* *b)* dalle ulteriori informazioni cui la direttiva espressamente rinvia.

#### **3.1 Le informazioni relative agli *essentialia negotii*.**

Le informazioni sul contenuto essenziale del contratto dovrebbero assolvere la precipua funzione di consentire al consumatore di valutare in via preliminare la convenienza dell'affare.

---

<sup>67</sup> Così ad esempio, l'informazione contemplata all'art. 6 lett. *l)* dovrebbe avere un campo di applicazione *particolare*, ovvero non estensibile ai contratti relativi alla fornitura di servizi. Allo stesso modo, l'informazione di cui all'art. 6 lett. *f)*, dovrebbe essere riferibile soltanto ai contratti conclusi mediante l'impiego di tecniche di comunicazione a distanza per la conclusione del contratto, che impongono costi aggiuntivi al consumatore.

A tal fine il Legislatore dispone che il consumatore sia innanzitutto informato in merito alle «caratteristiche principali del bene o servizio» (*rectius* della prestazione di servizi cui si impegna il professionista), «nella misura adeguata» sia al mezzo impiegato per la trasmissione delle informazioni, sia alla complessità della prestazione stessa (art. 6 par. 1, lett. *a*). Parrebbe doversene dedurre, dunque, che tale obbligo può considerarsi correttamente adempiuto dal professionista soltanto allorché la formulazione delle informazioni contemplate nel precetto di cui all'art. 6 par. 1 lett. *a*) sia ispirata al «principio di adeguatezza» dell'informazione, ovvero sia soltanto qualora il professionista si limiti ad una descrizione degli elementi più rilevanti e significativi della prestazione, in misura tale da consentire l'immediata identificazione della natura, funzione e destinazione economica del servizio che sarà fornito<sup>68</sup>.

In secondo luogo, tra le informazioni concernenti le prestazioni delle parti, vengono in rilievo quelle aventi ad oggetto l'obbligazione pecuniaria derivante dalla conclusione ed esecuzione del contratto: a tal proposito, il Legislatore prescrive al professionista di informare dettagliatamente il consumatore in merito all'ammontare del «prezzo totale» (art. 6 par. 1 lett. *e*) e delle modalità di pagamento della somma pretesa dal professionista per la fornitura del servizio (art. 6 par. 1 lett. *g*)).

L'art. 6 par. 1. lett. *g*) non pone alcun ordine di problema interpretativo: atteso che il contratto sarà concluso secondo una procedura alternativa a quella ordinaria, è opportuno – se non addirittura necessario – imporre al professionista di rendere il consumatore edotto in merito sia alle modalità di tempo e di luogo del pagamento, sia ai mezzi di pagamento diversi dal denaro contante accettati dal professionista.

Viceversa, la portata precettiva dell'art. 6 par. 1 lett. *e*) merita un'attenta analisi.

Il tenore letterale della disposizione sembrerebbe infatti suggerire che una precisa informazione relativa al «prezzo totale» (comprensivo dell'IVA) debba essere fornita al consumatore soltanto qualora ciò sia «possibile».

---

<sup>68</sup> Così: G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 59. Tale medesima funzione dovrebbe svolgere anche la disposizione dell'art. 6 par. 1 lett. *g*), nella misura in cui prescrive di informare il consumatore in merito alla data e alle modalità di esecuzione della prestazione ad opera del professionista.

«Se la natura dei beni o servizi comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo», l'art. 6 par. 1 lett. e), infatti, consente al professionista di informare il consumatore in merito alle modalità di calcolo del prezzo (*id est* della somma dovuta a titolo di corrispettivo) e in merito a «tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali e ogni altro costo» (*id est* ogni spesa accessoria compiuta dal professionista) per l'esecuzione della prestazione prevista in contratto.

Orbene, nella misura in cui l'art. 6 par. 1 lett. e) si riferisce alle spese accessorie per l'esecuzione della prestazione, la norma suscita alcune perplessità. Invero, soltanto con riferimento a tali spese, la disposizione stabilisce nuovamente che qualora esse «non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo» il professionista deve indicare al consumatore che tali spese gli «potranno essere addebitate».

Preme allora sottolineare che, in primo luogo, l'art. 6 par. 1 lett. e) non chiarisce se, per soddisfare l'obbligo di informazione da esso sancito, il professionista debba provvedere ad un'analitica indicazione e giustificazione delle singole voci di spesa, oppure se, al contrario, sia sufficiente che egli si limiti all'indicazione globale e forfetaria dell'importo dovuto<sup>69</sup>.

In secondo luogo – e soprattutto – la disposizione suscita perplessità a causa della sua formulazione estremamente generica e inidonea a consentire al consumatore di comprendere sulla base di quali criteri, in presenza di quali presupposti e in che misura «potranno» essergli addebitate le spese accessorie<sup>70</sup>.

Invero, non sembra percorribile la via interpretativa che conduce ad onerare il professionista dell'obbligo di indicare al consumatore le «modalità di calcolo»

---

<sup>69</sup> Invero, il riferimento compiuto nell'art. 6 par. 1 lett. e) alle «spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali» dovrebbe indurre a ritenere che soltanto in relazione a tali spese il professionista abbia l'obbligo di indicare in modo specifico il relativo importo.

<sup>70</sup> Vedi però *considerando* n. 36 ove con specifico riferimento alle spese di restituzione del bene nei contratti a distanza, si afferma che il professionista dovrebbe operarne una «stima ragionevole del costo massimo». Vedi altresì art. 6 par. 1 lett. e), 2<sup>a</sup>-3<sup>a</sup> proposizione, ove si afferma che «nel caso di un contratto a tempo indeterminato o di un contratto comprendente un abbonamento, il prezzo totale include i costi totali per periodo di fatturazione. Quando tali contratti prevedono l'addebitamento di una tariffa fissa, il prezzo totale equivale anche ai costi mensili totali. Se i costi totali non possono essere ragionevolmente calcolati in anticipo, devono essere fornite le modalità di calcolo del prezzo».

delle spese accessorie, atteso che un siffatto obbligo è specificamente riferito dall'art. 6 par. 1 lett. e) solo ed esclusivamente all'obbligazione pecuniaria relativa al pagamento del «prezzo» (*id est* del corrispettivo)<sup>71</sup>.

Considerando che la genericità di tale previsione potrebbe compromettere in maniera rilevante la tutela del consumatore con riferimento specifico ai contratti per la prestazione di servizi – contratti nei quali, come si vedrà, il consumatore è tenuto a pagare un importo proporzionale alla prestazione ricevuta in pendenza del termine per recedere – sembrerebbe opportuno circoscrivere la portata precettiva dell'art. 6 par 1 lett. e), nella parte in cui accorda al professionista la possibilità di indicare che le spese accessorie «potranno essere addebitate al consumatore», ai soli contratti aventi ad oggetto la consegna di un bene<sup>72</sup>.

In altre parole, si renderebbe necessario distinguere all'interno della nozione di “spese accessorie” tra «spese di spedizione, consegna o postali» – per le quali è certamente possibile anche una determinazione futura, essendo esse configurabili, in linea dei massima, solo nei contratti che comportano la consegna di un bene – e «ogni altro costo», la cui determinazione o individuazione dei criteri di calcolo del *quantum* deve sempre essere compiuta dal professionista anteriormente alla conclusione del contratto<sup>73</sup>.

Siffatta interpretazione sembrerebbe essere supportata anche delle indicazioni fornite nel *considerando* n. 36, specificamente riferito ai contratti aventi ad oggetto beni, ove si afferma che «quando il professionista non può ragionevolmente calcolare il costo della restituzione dei *beni* in anticipo [...]

---

<sup>71</sup> Siffatte perplessità si rivelano ancor più fondate se solo si considera che la presenza di circostanze “ragionevoli” è di per sé condizione necessaria e sufficiente per giustificare il rinvio del calcolo delle spese accessorie, con la conseguenza che il professionista potrà evitare una stima anticipata delle spese facendo riferimento alla ragionevolezza, ovvero sia ad un parametro di valutazione non necessariamente e rigorosamente legato a circostanze di carattere oggettivo. Per un'attenta analisi dell'applicazione del criterio della «ragionevolezza», v. S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova 2005.

<sup>72</sup> Circa la rilevanza di tale disposizione nel contesto della disciplina degli effetti dello *ius poenitendi* v. *infra*.

<sup>73</sup> Cfr. anche le versioni tedesca e inglese della direttiva. Circa l'importanza del linguaggio legislativo, v. M. SCHMIDT-KESSEL, *Die Sprache (oder die Sprachen?) des Europäischen Privatrechts*, in *Einheit und Vielheit im Unternehmensrecht: Festschrift für Uwe Blaurock zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2013.

dovrebbe fornire una dichiarazione in cui precisa che tale costo *può essere addebitato* al consumatore e che la sua entità *può essere elevata*».

In questo stesso senso sembra si possa leggere anche l'art. 6 par. 1 lett. e) 2<sup>a</sup>-3<sup>a</sup>-4<sup>a</sup> proposizione, in forza del quale, con riferimento ai «contratti a tempo indeterminato» o «contratti comprendente un abbonamento» (ossia le più tipiche fattispecie di contratti per la prestazione di servizi), «quando tali contratti prevedono l'addebitamento di una tariffa fissa, il prezzo totale equivale anche ai costi mensili totali. Se i costi totali non possono essere ragionevolmente calcolati in anticipo, devono essere fornite *le modalità di calcolo del prezzo*».

### **3.2. Gli ulteriori obblighi informativi nei contratti per la prestazione di servizi.**

Un ulteriore gruppo di informazioni relativo ai contratti per la prestazione di servizi può e deve infine essere individuato sulla base del rinvio compiuto dall'art. 6 par. 8 dir. 2011/83/UE, ai cui sensi «Gli obblighi di informazione stabiliti nella presente direttiva si aggiungono agli obblighi di informazione contenuti nella direttiva 2006/123/CE e nella direttiva 2000/31/CE, e non ostano a che gli Stati membri impongano obblighi di informazione aggiuntivi conformemente a tali direttive».

Dal punto di vista precettivo, questa disposizione induce a ritenere che l'obbligo di informazione sancito nell'art. 6 par. 1 dir 2011/83/UE è suscettibile di essere integrato da due nuclei normativi: per un verso dalle disposizioni della direttiva 2000/31/CE<sup>74</sup> relativa al commercio elettronico e della direttiva 2006/123/CE<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, («Direttiva sul commercio elettronico»), in *GUUE*, L 178 del 17 luglio 2000, p. 1. Tale direttiva è stata attuata nell'ordinamento italiano con D. Lgs. 9 aprile 2003, n. 70, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 87 del 14 aprile 2003 - Supplemento Ordinario n. 61. Per un commento vedi: G. BERNARDI, *Attuazione della direttiva 2000/31/Ce relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (commento al d.leg. 9 aprile 2003 n. 70)*, in *Nuov. leggi civ. comm.*, 2003, p. 1267; G. COMANDÈ, *Al via l'attuazione della direttiva sul commercio elettronico, ma... serve un maggiore coordinamento, Danno e resp.*, 2003, p. 809; F. DELFINI, *Il d.leg. 70/2003 di attuazione della direttiva 2000/31/Ce sul commercio elettronico (commento al d.leg. 9 aprile 2003 n. 70)*, *Contr.*, 2003, p. 607.

relativa ai servizi nel mercato interno; per un altro verso – in piena coerenza con il carattere minimale dell’armonizzazione perseguita da tali ultime direttive – dalle ulteriori ed eventuali disposizioni di attuazione con le quali i Legislatori nazionali imporranno al professionista l’adempimento di obblighi informativi *aggiuntivi* a quelli previsti sia dalla direttiva 2011/83/UE sia dalle direttive 2000/31/CE e 2006/123/CE<sup>76</sup>.

Sotto questo profilo, deve allora ritenersi che la direttiva 2011/83/UE persegue l’armonizzazione minima delle legislazioni nazionali in merito alla disciplina dell’obbligo di informazione nei contratti per la prestazione di servizi conclusi a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali<sup>77</sup>.

Con la conseguenza che, se i Legislatori nazionali faranno uso della discrezionalità loro concessa, potrebbe concretizzarsi il rischio di gravare il professionista con

---

<sup>75</sup> Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, in *GUUE* L 376, del 27 dicembre 2006, p. 36. Tale direttiva è stata attuata nell’ordinamento italiano con D. Lgs. 26 marzo 2010, n. 59, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 94 del 23 aprile 2010 - Suppl. Ordinario n. 75. Per un commento vedi: G. CAPECCHI, *Il decreto legislativo 26 marzo 2010 n. 59 di attuazione della «direttiva servizi»*, in *Dir. comm. internaz.*, 2010, p. 677; D. PARADISI, *La direttiva Bolkestein: principi generali e campo di applicazione*, in *Disc. comm.*, 2010, p. 17.

<sup>76</sup> Al riguardo deve però essere sottolineato che la direttiva 2006/123/CE ha un campo di applicazione molto ampio, atteso che essa disciplina i «servizi nel mercato interno» (*id est* qualsiasi prestazione di servizi ai sensi dell’art. 57 del Trattato sul funzionamento dell’UE). Conseguentemente le disposizioni della direttiva 2006/123/CE sono certamente applicabili a tutti i contratti per la prestazione di servizi conclusi a distanza o fuori dei locali commerciali rientranti nel campo di applicazione della direttiva 2011/83/UE. Viceversa, le disposizioni della direttiva 2000/31/CE sono riferite in modo specifico ai contratti aventi ad oggetto «servizi della società dell’informazione», con la conseguenza che esse potranno integrare quelle della direttiva 2011/83/UE soltanto allorché il contratto concluso a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali abbia ad oggetto una prestazione, suscettibile di integrare la nozione di «servizi della società dell’informazione» di cui all’art. 2 lett. a) dir. 2000/123/CE. Al riguardo v. M. TESCARO, *Sub art. 2 d.lgs. n. 70 del 2003*, in *Comm. De Cristofaro-Zaccaria*, Padova 2010, p. 1717s.; C. ROSSELLO, *op. cit.*, p. 121.

<sup>77</sup> Cfr. il *considerando* n. 12 ove si afferma che «Gli Stati membri dovrebbero mantenere la possibilità di imporre obblighi di informazione aggiuntivi applicabili ai prestatori di servizi stabiliti nel loro territorio». In ragione di ciò la dottrina (Così G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 71) è portata a ritenere che relativamente ai contratti per la prestazione di servizi «l’art. 6, par. 1, della direttiva 2011/83/UE è in realtà norma di armonizzazione minimale, mentre soltanto per i contratti di vendita di beni mobili e di somministrazione di acqua, gas, energia elettrica e riscaldamento (nonché per i pochi contratti relativi a servizi non rientranti nell’ambito di operatività né della direttiva 2000/31/CE né della direttiva 2006/123/CE) essa può autenticamente considerarsi una norma di armonizzazione completa». Cfr. anche M. SCHMIDT-KESSEL, *Zur Kollision von Informationspflichten aus EU-Richtlinien im Blick auf die Entwürfe zur Verbraucherrechtlichlinie*, in *GPR*, 2011, p. 79 ss., spec. p. 83s.

obblighi di informazione diversi e più o meno stringenti nei diversi Paesi membri dell'UE<sup>78</sup>.

Da un punto vista interpretativo, invece, nella misura in cui si limita ad un generico rinvio agli «obblighi di informazione contenuti nella direttiva 2006/123/CE e nella direttiva 2000/31/CE» la disposizione pone rilevanti problemi di coordinamento dei testi normativi comunitari, atteso che sia la direttiva sul commercio elettronico sia la direttiva sui servizi nel mercato interno contengono una complessa e dettagliata disciplina dell'obbligo di informazione gravante in capo al professionista<sup>79</sup> (*rectius* prestatore<sup>80</sup>).

Sicché, a fronte della molteplicità e complessità del tessuto normativo relativo all'obbligo di informazione gravante sul professionista in relazione ai contratti per la prestazione di servizi, è compito dell'interprete, per un verso, quello di individuare le disposizioni della direttiva 2000/31/CE e della direttiva 2006/123/CE suscettibili di trovare applicazione anche nei contratti conclusi a distanza e fuori dei locali commerciali, in modo da integrare la disciplina dell'obbligo informativo prevista dall'art. 6 dir. 2011/83/UE; per un altro verso è compito dell'interprete quello di valutare e selezionare – all'interno delle disposizioni così individuate – le informazioni che si prestano ad integrare quelle previste nel par. 1 dell'art. 6 dir. 2011/83/UE, facendo uso, a tale precipuo scopo,

---

<sup>78</sup> Così M. LEHMANN - A. DE FRANCESCHI, *op. cit.*, p. 428, ove si afferma altresì che l'art. 6 par. 8 dir. 2011/83/UE potrebbe dare luogo «ad una sensibile disparità di trattamento di due soggetti che si trovassero ad offrire lo stesso servizio nel medesimo Paese membro»

<sup>79</sup> In merito alla disciplina dell'obbligo di informazione previsto dalla direttiva 2000/31/CE, sia qui sufficiente ricordare che il Legislatore europeo distingue tre diversi ordini di obblighi informativi: A) l'obbligo di fornire le informazioni generali di cui (art. 5); B) gli obblighi di informazione riguardanti le comunicazioni commerciali (art. 6); C) e l'obbligo di fornire le informazioni dirette alla conclusione del contratto (art. 10). Analogamente l'art. 22 della direttiva sui servizi nel mercato interno prescrive l'illustrazione di un lungo elenco di informazioni su alcuni elementi del contenuto contrattuale, dovendosi al riguardo distinguere tra le informazioni riguardanti A) il contenuto delle clausole e condizioni generali applicate dal prestatore; B) l'esistenza di un'eventuale garanzia *post* vendita, non imposta dalla legge; C) le principali caratteristiche del servizio, se non già apparenti dal contesto; D) l'eventuale assicurazione o le garanzie per la responsabilità professionale. Così F. PADOVINI, *La qualità dei servizi fra responsabilità e certificazione*, in *Resp. civ. e prev.* 2011, p. 2190ss.; S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Milano 2009.

<sup>80</sup> Circa la nozione di «prestatore» v. considerando n. 36 dir. 2006/123/CE. In merito alla direttiva 2000/31/CE v. M. TESCARO, *op. cit.*, p. 1719; C. ROSSELLO, *La nuova disciplina del commercio elettronico. Principi generali e ambito di applicazione*, in Rossetto - Finocchiaro - Tosi, *Commercio elettronico, Tratt. Bessone*, XXXII, Torino 2007, p. 128s..

del criterio interpretativo di cui all'art. 6 par. 8 dir. 2<sup>a</sup> proposizione dir. 2011/83/UE, ai cui sensi le disposizioni della direttiva sui diritti dei consumatori prevalgono, qualora esse siano in contrasto con le disposizioni delle direttive 2000/31/UE e 2006/123/CEE<sup>81</sup>.

#### **4. La specificità dell'informazione relativa al diritto di recesso del consumatore.**

##### **4.1. La *ratio* e i contenuti dell'informazione.**

L'introduzione di una specifica disciplina dell'obbligo di informazione relativo al diritto di recesso del consumatore nei contratti conclusi a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali rappresenta uno dei profili normativi più innovativi e rilevanti della direttiva 2011/83/UE<sup>82</sup>.

Invero, la direttiva 85/577/CEE dedicava a tale obbligo informativo un'unica disposizione, in base alla quale il professionista era tenuto a fornire al consumatore prima della conclusione del contratto un'adeguata informazione in merito all'esistenza e ai termini per l'esercizio del diritto di recesso (art. 4)<sup>83</sup>. Per converso, è vero che la direttiva 97/7/CE conteneva una disciplina dell'obbligo di informazione sul diritto di recesso più esaustiva rispetto alla direttiva sui contratti porta a porta – disciplina che si articolava nella distinzione tra l'informazione preliminare in merito all'esistenza del diritto di recesso (art. 4 par. 1 lett. *f*) e la conferma scritta delle informazioni (art. 5 par. 1, 2<sup>a</sup> proposizione) – ma è altrettanto vero che siffatta disciplina aveva pur sempre lo scopo precipuo ed esclusivo di consentire al consumatore di venire a conoscenza dell'esistenza del diritto di recesso e delle sue modalità di esercizio.

---

<sup>81</sup> A tal proposito v. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 70

<sup>82</sup> Ciò che giustifica quindi l'ascolto di procedere ad una autonoma analisi delle disposizioni che individuano i contenuti di siffatto specifico obbligo.

<sup>83</sup> Al riguardo si vedano le argomentazioni elaborate ai punti 44ss. della Sentenza della Corte di giustizia dell'UE, 13 dicembre 2001, Georg Heininger e Helga Heininger contro Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG, Causa C-481/99, *Raccolta della giurisprudenza*, 2001, p. I-09945.

Sotto questo profilo dovrebbero allora essere apprezzate le novità introdotte dalla direttiva 2011/83/UE, la cui disciplina dell'obbligo di informazione del diritto di recesso mira al raggiungimento di un duplice obiettivo.

In primo luogo – e analogamente alle direttive degli anni '80 e '90 – le nuove disposizioni sono volte a garantire la piena consapevolezza del consumatore in merito all'esistenza e alle modalità di esercizio del diritto di recesso: il raggiungimento di tale obiettivo è perseguito dalla disposizione contenuta nell'art. 6 par. 1 lett. *h*), ove espressamente si statuisce che tra gli obblighi di informazione gravanti in capo al professionista prima che il consumatore sia vincolato dalla conclusione del contratto o dalla formulazione di una proposta, rientra anche quello di comunicare «la sussistenza di un diritto di recesso, le condizioni, i termini e le procedure per esercitare tale diritto»<sup>84</sup>. A tale disposizione fa poi da *pendant* l'art. 6 par. 1 lett. *k*) dir. 2011/83/UE, per il caso in cui le parti abbiano concluso un contratto rientrante tra quelli previsti e disciplinati nell'art. 16, ovvero sia un contratto al quale non si applica la disciplina del diritto di recesso dettata dalla direttiva sui diritti dei consumatori; in tali ipotesi, infatti, il professionista non può limitarsi ad omettere l'informazione di cui all'art. 6 par. 1 lett. *h*), e fornire le restanti informazioni elencate nell'art. 6 par. 1 dir. 2011/83/UE, essendo per contro onerato dell'obbligo di informare il consumatore della circostanza che la conclusione del contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali non determina *ab initio* l'insorgere del diritto di recesso ovvero della circostanza che la conclusione del contratto determina certamente l'insorgere del diritto di recesso, ma che tale diritto si estingue in presenza di determinati presupposti e al verificarsi di determinate condizioni<sup>85</sup>.

In secondo luogo la disciplina dell'obbligo di informazione del diritto di recesso contenuta nella direttiva 2011/83/UE persegue lo scopo di mettere il

---

<sup>84</sup> Al fine di agevolare il consumatore nella formulazione della dichiarazione di recesso, il Legislatore europeo ha elaborato uno specifico «Modello» di recesso, contenuto nell'allegato I, parte B della direttiva 2011/83/UE

<sup>85</sup> Sotto questo profilo l'art. 6 par. 1 lett. *k*) rinvia implicitamente all'art. 16 lett. *a*), *b*), *h*), *l*), dir. 2011/83/UE su cui v. *infra*. Riguardo al valore precettivo dell'art. 6 par. 1 lett. *k*) vedi anche B. LURGER, *op. cit.*, 81 secondo la quale la violazione dell'obbligo d'informazione in merito alla non esistenza del diritto di recesso non produce alcun tipo di conseguenza giuridica per il professionista. Per una critica a questa impostazione v. *infra*.

consumatore nelle condizioni di poter conoscere – già prima della conclusione del contratto o della formulazione della proposta negoziale – l'esistenza e la misura delle obbligazioni pecuniarie derivanti dall'esercizio del diritto di recesso, in modo tale da poter valutare, sin da principio, non solo la convenienza dell'affare, ma anche la stessa opportunità e ragionevolezza della successiva (e possibile) scelta di sciogliere il contratto. In altre parole, il Legislatore europeo persegue uno scopo paternalistico, consistente nell'«ammonire» il consumatore in merito alle conseguenze derivanti dalla stipulazione del contratto, poiché – sebbene egli potrà liberarsi dal vincolo negoziale – l'esercizio del diritto di recesso, lungi dall'essere squisitamente gratuito, potrebbe comunque comportare l'insorgenza in capo al consumatore dell'obbligo di pagare al professionista il corrispettivo per il lavoro svolto<sup>86</sup>.

Le disposizioni dettate nell'art. 6 par. 1 lett. *i*) e lett. *j*) hanno dunque la precisa funzione di individuare i contenuti dell'informazione relativa alle conseguenze economico-giuridiche derivanti dall'esercizio del diritto di recesso, ovvero sia di selezionare le voci che concorrono a determinare l'importo dell'obbligazione pecuniaria a carico del consumatore.

A tal proposito sembra opportuno distinguere a seconda che il consumatore si accinga a concludere un contratto avente ad oggetto un bene, dall'ipotesi in cui il contratto abbia ad oggetto un servizio.

Nel primo caso, l'obbligo di informazione a carico del professionista si risolve nell'avvertimento rivolto al consumatore che, in caso di recesso, egli dovrà farsi carico dei costi connessi alla restituzione del bene acquistato (art. 6 par. 1 lett. *i*))<sup>87</sup>.

Nel secondo caso, invece, l'obbligo di informazione gravante in capo al professionista ha una maggiore portata, atteso che in tal caso è necessario, ai sensi

---

<sup>86</sup> Così G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 53, secondo cui la funzione delle informazioni sarebbe «quella di assicurare che venga assunta in modo razionale e consapevole non tanto la decisione se emettere o meno la dichiarazione negoziale (proposta o accettazione), quanto piuttosto la decisione se porre o meno in essere l'atto di esercizio dello *ius poenitendi*».

<sup>87</sup> Circa i casi "eccezionali" in cui tali costi non possono essere addebitati al consumatore v. O. UNGER, *op. cit.*, p. 291s., il quale oltre a contemplare l'ipotesi prevista dall'art. 14 par. 1, 3<sup>a</sup> proposizione, sembra scorgere anche nell'art. 14 par. 1, 1<sup>a</sup> proposizione una disposizione che esonera il consumatore dal sostenere i costi di restituzione del bene.

dell'art. 6 par. 1 lett. j), che il consumatore sia informato del fatto che se «esercita il diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 3, o dell'articolo 8, paragrafo 8, egli è responsabile del pagamento al professionista di costi ragionevoli, ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 3».

Stante i numerosi rinvii operati dalla disposizione, dovrebbe allora concludersi che l'obbligo di informazione relativo allo *ius poenitendi* nei contratti per la prestazione di servizi può considerarsi correttamente adempiuto, soltanto se il professionista fornisce al consumatore due diverse informazioni.

In primo luogo, il professionista deve informare il consumatore del fatto che, in pendenza del termine per recedere, l'esecuzione del contratto è sospesa e che il servizio potrà essere fornito solo soltanto ove il consumatore stesso ne faccia esplicità richiesta<sup>88</sup>.

In secondo luogo, però il professionista deve informare il consumatore dei «costi ragionevoli» che egli dovrà sostenere a seguito dell'esercizio del diritto di recesso, *id est* del *quantum* e dei criteri di determinazione dell'obbligazione pecuniaria al cui adempimento egli sarà tenuto qualora scelga di sciogliere il contratto (ar. 14, par. 3), dopo l'inizio aver esplicitamente l'esecuzione della prestazione di servizi<sup>89</sup>.

#### **4.2. Il termine entro il quale l'obbligo informativo deve essere adempiuto.**

Ai sensi dell'art. 6 par. 1 le informazioni relative al diritto di recesso del consumatore – unitamente alle altre informazioni contemplate nell'art. 6 dir. 2011/83/UE – debbono essere trasmesse al consumatore prima della conclusione del contratto.

Orbene, se si considera che la funzione precipua dell'obbligo di informazione è quella di consentire al consumatore di valutare *ab initio* la convenienza dell'affare e di conoscere l'esistenza e la portata delle obbligazioni susseguenti all'esercizio del diritto di recesso, la disposizione di cui all'art. 6 par. 1 si rivela eccessivamente

---

<sup>88</sup> In merito ai problemi interpretativi sollevati dagli artt. art. 7, par. 3, e art. 8, par. 8, v. *infra*.

<sup>89</sup> In merito al fondamento e la misura di tali costi v. *infra*.

generica sotto un duplice profilo: per un verso, perché la disposizione consente al professionista di adempiere l'obbligo informativo anche *immediatamente prima* della conclusione del contratto – ovverosia in una fase in cui la volontà negoziale del consumatore si è già formata – privando così questi della possibilità di disporre delle informazioni prescritte dall'art. 6 par. 1 e, segnatamente, della possibilità di riflettere anticipatamente sulle conseguenze economiche e giuridiche derivanti dalla scelta di esercitare il diritto di recesso<sup>90</sup>. Per un altro verso, perché nella misura in cui si riferisce alla fase che precede la formulazione della proposta contrattuale («prima che il consumatore sia vincolato da una corrispondente offerta»), la disposizione consente al professionista di adempiere l'obbligo informativo anche *molto tempo prima* della formulazione della proposta da parte consumatore, con il conseguente e concreto rischio che il consumatore possa aver dimenticato i contenuti delle informazioni trasmesse dal professionista – segnatamente la portata delle obbligazioni nascenti dall'esercizio del diritto di recesso – nel momento in cui provvede ad esternare la sua volontà negoziale mediante la formulazione di una proposta contrattuale<sup>91</sup>.

Al fine di evitare tali esiti interpretativi, è senz'altro opportuno sottolineare la possibilità per i Legislatori nazionali di “correggere” la portata della disposizione al momento dell'attuazione della direttiva negli ordinamenti degli Stati membri.

La modifica, che dovrebbe essere introdotta, potrebbe essere ispirata ad altre norme del diritto europeo dei contratti e, segnatamente, dall'art. 3, par. 1, della direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari a consumatori, dall'art. 5 della direttiva 2008/48/CE sui contratti di credito ai consumatori e dall'art. 4 della direttiva 2008/122/CE sui contratti di multiproprietà, norme mediante le quali il professionista è sempre onerato

---

<sup>90</sup> È evidente, infatti, come in tal modo il consumatore sarebbe privato della possibilità di disporre delle informazioni prescritte dall'art. 6 par. 1 nel procedimento di formazione della volontà. In questo senso: G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 52,

<sup>91</sup> Così D. KAISER, Sub § 355 BGB, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin 2012, Rn. 62., ove si afferma: «Die Belehrung soll dem Verbraucher sein Widerrufsrecht klar und deutlich vor Augen führen. Dieses Ziel wird aber nur dann erreicht, wenn sich die Belehrung auf eine konkrete Vertragserklärung des Verbrauchers bezieht».

dell'obbligo di informare il consumatore *in tempo utile prima* che egli sia vincolato da un contratto o da una proposta negoziale<sup>92</sup>.

### 4.3. La forma dell'informazione.

La disciplina delle modalità con le quali le informazioni debbono essere fornite è ispirata ad un duplice principio: da un lato, essa è espressione del principio di trasparenza, sancito in via generale nell'art. 6 par. 1 dir. 2011/83/UE, i cui dettami impongono al professionista di informare il consumatore «in maniera chiara e comprensibile»<sup>93</sup>; dall'altro lato, essa è ispirata al principio di essenzialità sancito nell'art. 7 par. 5 e nell'art. 8 par. 10 dir. 2011/83/UE, che vieta ai Legislatori nazionali di imporre ai professionisti l'osservanza di ulteriori requisiti formali nella trasmissione delle informazioni al consumatore<sup>94</sup>.

L'applicazione di questi principi in relazione all'informazione sul diritto di recesso del consumatore ha rappresentato, storicamente, uno degli aspetti più problematici

---

<sup>92</sup> Vedi anche art. 2 par. 4 della direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: sicché, mediante tale correzione della norma contenuta nell'art. 6 par. 1, verrebbero soddisfatti i canoni di un'interpretazione teleologica e si armonizzerebbe la disciplina dell'obbligo informativo nei contratti del consumatore con quella della direttiva sui servizi nel mercato interno, cui l'art. 6 par. 8 dir. 2011/83/UE espressamente rinvia.

<sup>93</sup> Primo e immediato corollario di tale principio sono le disposizioni dettate nell'art. 7 par. 1 e nell'art. 8 par. 1 dir. 2011/83/UE, nella misura in cui – oltre a ribadire l'esigenza di un'informazione chiara e comprensibile – esse prescrivono che le informazioni siano fornite «su supporto cartaceo o, se il consumatore è d'accordo, su un altro mezzo durevole» (art. 7 par. 1), ovvero «in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza» (art. 8 par. 1). Secondo corollario del principio di trasparenza è poi da considerarsi la disposizione dell'art. 6 par. 7 dir. 2011/83/UE che autorizza gli Stati membri a mantenere o introdurre nel diritto nazionale requisiti linguistici relativi all'informazione, in modo da agevolare la comprensione delle informazioni. Al riguardo v. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.* p. 51ss.; P. SCHWARZENEGGER, *Informationspflichten*, in Bydliniski/Lurger, *Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher*, Wien 2012, p. 35ss. Vedi anche il *considerando* n. 34 – chiaramente ispirato alla disposizione un tempo contenuta nell'art. 4 par. 2 dir. 97/7/CE – ove si afferma che, nel fornire le informazioni, «il professionista dovrebbe tenere in considerazione le esigenze specifiche dei consumatori che sono particolarmente vulnerabili a motivo della loro infermità mentale, fisica o psicologica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista può ragionevolmente prevedere».

<sup>94</sup> Sotto il profilo dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali, resta dubbio se l'applicazione di tale principio al momento dell'attuazione della direttiva negli Stati membri, vieti ai Legislatori nazionali soltanto la previsione di «ulteriori requisiti formali» (*keine weiteren formellen vorvertraglichen Informationsanforderungen, any further formal pre-contractual, information toute autre exigence de forme*), oppure anche la previsione di requisiti formali «diversi» rispetto a quelli previsti dalla direttiva, ma ugualmente idonei a soddisfare i requisiti della chiarezza e comprensibilità dell'informazione.

della disciplina di tutela del consumatore nei contratti conclusi a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali<sup>95</sup>.

Al riguardo, sembra sufficiente ricordare che il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi tanto in Italia quanto in Germania ha posto in evidenza come ai fini del corretto adempimento dell'obbligo di informazione relativo al diritto di recesso è necessario distinguere la *forma* dell'informazione dal *contenuto* dell'informazione, tenendo ben presente che la prima è strumentale alla comprensione del secondo.

Con la conseguenza che la trasmissione di un'informazione completa di tutti i dati e gli elementi prescritti dalla legge non può considerarsi per ciò solo sufficiente ad integrare i presupposti per un corretto adempimento dell'obbligo informativo, essendo altresì necessario che l'informazione presenti caratteristiche grafiche, tali da richiamare l'attenzione del consumatore sul suo contenuto<sup>96</sup>.

Orbene, in questo contesto ben si comprendono le ragioni che hanno indotto il Legislatore europeo ad elaborare uno specifico Modello informativo sul diritto di recesso, contenuto in appendice al testo normativo della direttiva 2011/83/UE, nell'Allegato I parte A, che ricalca quello contemplato in alcuni Stati membri dell'UE.

---

<sup>95</sup> Per l'ordinamento italiano, v. da ultimo la recente sentenza del Cass. civ., sez. II, 12 marzo 2012, n. 3878, in *Mass. Foro it.*, 2012, c. 225. Vedi altresì: Autorità garante della concorrenza e del mercato, 6 aprile 2011, n. 22278, in *Giust. civ.*, 2011, I, 1626. Per l'ordinamento tedesco v. BGH, 24 giugno 2004 - III ZR 104/03; BGH, 20 dicembre 1989 - VIII ZR 145/88, *NJW-RR*, 1990 p. 368; OLG Naumburg, 07 gennaio 1994 - 3 U 84/93, *NJW-RR* 1994, p. 377; OLG Stuttgart, 31 agosto 1992 - 6 U 69/92, *NJW*, p. 3245. In dottrina G. THÜSING, Sub § 312c *BGB*, in *Staudindegger Kommentar zum BGB*, Berlin, 2012, Rn. 49, *ivi* esaustive indicazioni bibliografiche.

<sup>96</sup> Circa l'evidenza grafica dell'informazione v. Cass. civ., sez. III, 3 ottobre 2003, n. 14762, *Dir. e giustizia*, 2003, p. 23: ove si afferma che l'informazione sul diritto di recesso deve soddisfare due precisi requisiti di forma: «il primo relativo all'autonomia della clausola *de qua* che deve restare separata dalle altre onde rendere chiara, immediata e trasparente l'informazione (sicché deve ritenersi inammissibile il suo inserimento in un contesto uniforme di clausole di apparentemente pari rilevanza, inserite secondo una sequenza numerata), il secondo attenente alla evidenza grafica dell'informazione, che deve avere caratteri di scrittura eguali o superiori a quelli degli altri elementi indicati nel documento». Trib. Lucca, 04 luglio 2000, *Giur. merito*, 2001, p. 6; ove invece si afferma che «va ravvisata l'omessa o incompleta informazione del consumatore ove la clausola circa il recesso sia inserita all'interno di altra clausola contrattuale, ancorché differenziata dal contesto a mezzo dell'impiego di carattere tipografico "grassetto" per agevolarne la visibilità».

Il Legislatore tedesco, in particolare, aveva provveduto già nel 2002 con il *OLG-Vertretungsänderungsgesetz*<sup>97</sup> all'introduzione nei rapporti tra consumatore e professionista di un apposito *Muster für die Widerrufsbelehrung*<sup>98</sup>, funzionale a soddisfare un duplice ordine di esigenze.

In primo luogo, un'esigenza di tutela effettiva del contraente debole, atteso che la predisposizione di un modello informativo sul diritto di recesso consente al consumatore di riconoscere, comprendere e conservare in modo più agevole il documento contenente le istruzioni per un efficace esercizio del diritto di sciogliere il contratto.

In secondo luogo, un'esigenza di certezza del diritto: la predisposizione del *Muster für die Widerrufsbelehrung* si è rivelato essere un importante strumento normativo utile ad arginare una prassi giurisprudenziale particolarmente severa nel valutare il rispetto dell'obbligo di informazione sul diritto di recesso gravante in capo al professionista<sup>99</sup>.

Invero, la previsione di una "informazione *standard*" rappresenta un'opportunità innanzitutto per gli operatori commerciali, atteso che la facilità del suo impiego consente loro di risparmiare i costi di consulenza legale per la selezione delle informazioni prescritte dalla legge e per la predisposizione di un modello di informazione adatto alla prestazione che essi offrono ai consumatori.

Queste stesse esigenze sembrano essere a fondamento delle scelte compiute dal Legislatore europeo in sede di elaborazione della direttiva 2011/83/UE.

Per un verso, perché il divieto rivolto agli Stati membri di introdurre «ulteriori requisiti formali» per la trasmissione delle informazioni sembra avere la

---

<sup>97</sup> *Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten*, del 23 luglio 2002, pubblicata nel *Bundesgesetzblatt* del 31.7.2002, Nr. 53.

<sup>98</sup> Tale modello di informazione tipo – originariamente previsto nel § 16 *BGB-InfoV*, Allegato 2 – a seguito delle numerose leggi di riforma del diritto dei consumatori approvate dal Legislatore tedesco, risulta oggi contemplato e disciplinato nell'allegato I, dell'art. 246 *Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB)*.

<sup>99</sup> L'inadempimento dell'obbligo di informazione si ha infatti tutte le volte in cui non può considerarsi compiuta una *ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung*, vale a dire sia allorché l'informazione sul diritto di recesso sia completamente omessa, sia allorché tale informazione sia semplicemente lacunosa o errata. Al riguardo v. A. MASUCH, *Musterhafte Widerrufsbelehrung des Bundesjustizministeriums? NJW*, 2002, pp. 2931 ss.

precipua funzione di evitare che il professionista possa essere oltremodo gravato nell'adempimento dell'obbligo di informazione.

Per un altro verso, perché la disciplina dell'onere della prova relativo al corretto adempimento dell'obbligo di informazione sembra fondarsi sull'intenzione del Legislatore europeo di raggiungere un punto di equilibrio tra le istanze di tutela del consumatore e le istanze di certezza giuridica e buon funzionamento del mercato.

A rigore, infatti, il professionista è gravato dell'onere di dimostrare che il consumatore sia stato correttamente e tempestivamente informato nel contesto di un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali (l'art. 6 par. 9 dir. 2011/83/UE). Tuttavia, con esclusivo e specifico riferimento alla trasmissione delle informazioni sul diritto di recesso, l'art. 6 par. 4 dir. 2011/83/UE stabilisce che l'impiego del modello informativo di cui all'allegato I, parte A, dà luogo ad una presunzione *iuris et de iure* di corretto adempimento dell'obbligo di informazione relativamente all'esistenza, alle modalità di esercizio e agli effetti dello *ius poenitendi* (art. 6 par. 4 dir. 2011/83/UE).

Ne deriva allora che, sebbene il modello informativo non sia obbligatorio – essendo pur sempre riservata al professionista la possibilità di scegliere altre modalità per la trasmissione delle informazioni – il suo utilizzo nella prassi commerciale è sicuramente incoraggiato dalla direttiva, perché consente di compiere un importante passo nella direzione di una maggiore trasparenza e di una maggiore certezza giuridica nei rapporti di consumo instaurati *extra moenia* e *inter absentes*<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> Tuttavia, lo studio dell'ordinamento tedesco, ove l'impiego del *Muster für die Widerrufsbelehrung* rappresenta ormai una costante nella prassi dei contratti conclusi a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali – rivela l'esistenza di numerose fattispecie nelle quali, nonostante la presenza di un prospetto informativo, l'attività dell'interprete è comunque ineliminabile al fine di stabilire se siano stati soddisfatti o non i requisiti di una chiara e corretta informazione del consumatore in merito al diritto di sciogliere il contratto. Vedi da ultimo la sentenza del BGH, *Urt. v. 9 novembre 2011 – I ZR 123/10*, in *NJW*, 2012, p. 1814, con la quale la Suprema Corte tedesca ha affermato che un'informazione nei termini di «*Verbraucher haben das folgende Widerrufsrecht (...)*», è idonea ad integrare gli estremi di una corretta *Widerrufsbelehrung*, non potendosi condividere l'interpretazione per cui tale formulazione sia eccessivamente generica e non consenta al contraente di comprendere se egli è o non è consumatore. Per ulteriori esempi pratici v. H. KÖHLER, *Sub § 4 UWG, Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen*, in Köhler/Bornkamm, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG mit PAngV, UKlaG, DL-InfoV*, München 2013, Rn. 11.157a ss., spec. 11.170.

## SEZIONE IV

## Diritto di recesso.

**1. La disciplina del diritto di recesso nella direttiva 2011/83/UE in generale: novità sistematiche e precettive.**

La disciplina del diritto di recesso dettata dalla direttiva 2011/83/UE rappresenta certamente uno degli aspetti innovativi più importanti per la tutela del consumatore nei contratti conclusi a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali<sup>101</sup>.

Il primo e più evidente tratto riformatore della nuova direttiva risiede certamente nella scelta di riunire ed armonizzare, negli artt. 9 - 16 dir. 2011/83/UE, le regole e gli istituti un tempo oggetto di separata e autonoma disciplina nel *corpus* normativo delle direttive 85/577/CEE e 97/7/CE. Ne consegue che la nuova disciplina del diritto di recesso si segnala innanzitutto dal punto di vista sistematico, poiché, dall'angolo prospettico delle norme applicabili, provvede ad una tendenziale eliminazione della distinzione tra contratti a distanza e contratti negoziati fuori dei locali commerciali, imponendo all'interprete di distinguere solo tra contratti aventi ad oggetto beni e contratti per la prestazione di servizi<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> In ragione di ciò, proprio l'approvazione del testo definitivo della disciplina del diritto di recesso ha rappresentato uno degli aspetti più controversi e problematici nel corso dei lavori preparatori alla direttiva 2011/83/UE. Al riguardo sembra sufficiente rinviare ad un confronto tra le disposizioni originariamente contenute negli artt. 12-20 della Proposta di direttiva del 2008 e gli artt. 9-16 della Direttiva 2011/83/UE.

<sup>102</sup> La necessità di unificare la disciplina del diritto di recesso nei contratti conclusi a distanza e fuori dei locali commerciali era stata espressa con forza dalla Commissione europea: Vedi la Comunicazione della Commissione dell'8 febbraio 2007, "Libro verde sulla Revisione dell'acquis relativo ai consumatori", COM(2006) 744, def., ove si osservava che «uno dei motivi per cui i consumatori sono riluttanti a fare acquisti transfrontalieri è che non possono essere sicuri che il livelli di protezione di cui godono in patria si applichi quando fanno acquisti oltre frontiera». Cfr. altresì La Comunicazione della Commissione del 21 settembre 2006, COM(2006) 514 def., ove si afferma che il «diritto di recesso (...) è spesso utilizzato come esempio primario di incoerenza con l'acquis (vale a dire che il cosiddetto "periodo di riflessione" varia da una direttiva all'altra) e di divergenze nazionali risultanti dall'impiego della clausola minima». Per una panoramica delle legislazioni nazionali v. H. SCHULTE-NOLKE/C. TWIGG-FLESNER/M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, München 2007, p. 477.

Secondo e fondamentale tratto riformatore della direttiva 2011/83/UE è rappresentato dalla circostanza che le nuove norme non solo aggiornano, negli artt. 9-11, la precedente disciplina delle condizioni, dei termini e delle modalità di esercizio del diritto di recesso, ma introducono anche, negli artt. 12-14, un nuovo ed autonomo regime degli effetti del diritto di recesso.

La portata della rilevanza di questa novità precettiva si comprende se solo si considera che le precedenti direttive sui contratti “porta a porta” e “a distanza” non contemplavano affatto (vedi art. 7 dir. 85/577/CE<sup>103</sup>) o addirittura escludevano (vedi art. 6 par. 3 dir. 97/7/CE<sup>104</sup>) la disciplina delle obbligazioni gravanti in capo alle parti a seguito dell’esercizio del diritto di recesso nei contratti per la prestazione di servizi, finendo così per rimettere ai Legislatori nazionali il compito di scegliere se, come e in che misura tutelare il consumatore nella fase successiva allo scioglimento del contratto.

Al contrario, la direttiva 2011/83/UE, per un verso, detta una disciplina dettagliata ed esaustiva degli effetti del diritto di recesso, distinguendo a tal proposito tra ben tre fattispecie negoziali, ovverosia: *a*) i contratti aventi ad oggetto la consegna di un bene, *b*) i contratti relativi alla fornitura di una prestazione di servizi, *c*) i contratti relativi alla fornitura di contenuti digitali. Per un altro verso, elimina qualsiasi discrezionalità degli Stati membri nella disciplina delle obbligazioni derivanti dall’esercizio del diritto di recesso, atteso che le disposizioni della direttiva 2011/83/UE sono ispirate ai dettami dell’armonizzazione completa delle legislazioni nazionali e, per tale motivo, privano i Legislatori nazionali della possibilità di derogare allo *standard* di tutela del consumatore individuato dalla direttiva stessa.

In ragione di ciò, si profilano due conseguenze di straordinario rilievo per il diritto europeo dei contratti in generale e per il diritto dei consumatori in particolare.

---

<sup>103</sup> Ai cui sensi: «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 a prestazioni di servizi, nonché la restituzione di merci ricevute»

<sup>104</sup> Ove si stabiliva che l’esecuzione della prestazione di servizi in pendenza del termine per recedere avrebbe determinato l’estinzione del diritto di recesso.

In primo luogo, l'attuazione della direttiva sui diritti dei consumatori ad opera dei Legislatori nazionali determinerà l'introduzione negli ordinamenti dei ventisette Stati membri dell'UE di un *corpus* normativo tendenzialmente uniforme per la disciplina di aspetti di cruciale importanza per il diritto dei contratti e delle obbligazioni, ovverosia per la disciplina dei termini e delle modalità di esercizio del diritto di recesso, nonché per la disciplina delle obbligazioni derivanti dallo scioglimento del contratto.

In secondo luogo – e conseguentemente – proprio la natura particolarmente dettagliata delle nuove disposizioni, in una con la prescritta armonizzazione completa delle legislazioni nazionali, potrebbe incidere sull'equilibrio raggiunto in alcuni ordinamenti nazionali tra le istanze di tutela del consumatore e le istanze di tutela del mercato, concretizzando così il rischio che l'attuazione delle disposizioni della direttiva 2011/83/UE migliori in alcuni ordinamenti e peggiori in altri ordinamenti il livello di tutela del consumatore assicurato dalle precedenti legislazioni nazionali in materia di contratti conclusi a distanza e fuori dei locali commerciali<sup>105</sup>.

## **2. Il campo di applicazione delle disposizioni relative al diritto di recesso nei contratti di servizi.**

### **2.1. Aspetti generali.**

Prima di procedere all'esame delle singole disposizioni della direttiva 2011/83/UE è d'uopo chiarire in via preliminare il campo di applicazione della disciplina del diritto di recesso nei contratti per la prestazione di servizi.

È questo ovviamente un aspetto normativo di grande rilievo pratico e di fondamentale importanza per la tutela del consumatore nei contratti conclusi a distanza e fuori dei locali commerciali, come dimostra la circostanza che esso ha

---

<sup>105</sup> Siffatto rischio è stato segnalato dalla dottrina già durante la fase dei lavori preparatori alla direttiva sui diritti dei consumatori. Al riguardo v. T. RIEHM, *Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien*, in *Vollharmonisierung im Privatrecht*, Tübingen 2009, p. 83s..

più volte impegnato la Corte di giustizia dell'UE nel contesto della precedente disciplina dettata dalle direttive 85/577/CEE e 97/7/CE<sup>106</sup>.

Le prime indicazioni al riguardo sono fornite dal combinato disposto di due disposizioni: l'art. 9 e l'art. 16 dir. 2011/83/UE.

L'art. 9 par. 1 stabilisce che «salve le eccezioni previste dall'art. 16, il consumatore dispone di un periodo di quattordici giorni per recedere da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali».

Parrebbe doversene dedurre a prima vista che il consumatore possa recedere da *qualsiasi* contratto concluso a distanza o fuori dei locali commerciali, salvo l'ipotesi in cui l'accordo raggiunto dalle parti integri una fattispecie espressamente contemplata nell'art. 16. È questa invero la conseguenza da trarsi quando il contratto abbia ad oggetto un bene confezionato su misura (art. 16 lett. c)), che rischi di deteriorarsi rapidamente (art. 16 lett. c)), sia sigillato per motivi igienici (art. 16 lett. e)), o sia destinato dopo la consegna al consumatore ad essere inescandibilmente mescolato con altri beni (art. 16 lett. f)).

Tuttavia, con specifico riferimento ai contratti per la prestazione di servizi, sarebbe poco corretto identificare nelle fattispecie dell'art. 16 delle mere «eccezioni al diritto di recesso», atteso che le norme *ivi* dettate consentono di rilevare non soltanto casi in cui il diritto di recesso è *tout court* escluso (art. 16 lett. b), l)) bensì anche casi in cui il diritto di recesso si estingue in presenza di determinati presupposti e al verificarsi di determinate condizioni (art. 16 lett. a), h)).

In particolare, nessun diritto di recesso è certamente previsto allorché il contratto abbia ad oggetto servizi il cui prezzo è legato alle fluttuazioni del mercato finanziario, che il professionista non è in grado di controllare e che possono verificarsi durante il periodo di recesso (art. 16 lett. b))<sup>107</sup>. Allo stesso

---

<sup>106</sup> Per la direttiva 97/7/CE vedi: Corte di giustizia dell'UE, 10 marzo 2005, *easyCar (UK) Ltd contro Office of Fair Trading*, Causa C-336/03, *Raccolta della giurisprudenza*, 2005, p. I-01947. Per la direttiva 85/577/CEE vedi: la recentissima Sentenza della Corte di giustizia UE, 1 marzo 2012, Ángel Lorenzo González Alonso contro Nationale Nederlanden Vida Cía. de Seguros y Reaseguros, S.A.E, Causa C-166/11. Per la giurisprudenza nazionale vedi: *BGH*, 9 marzo 2003 - VIII ZR 295/01, in *NJW*, 2003, p. 1665s.;

<sup>107</sup> L'esclusione era già contemplata dall'art. 6 par. 3, secondo trattino della direttiva 97/7/CE, e trova il suo fondamento nel carattere aleatorio del contratto e nella conseguente necessità di

modo nessun diritto di recesso è altresì previsto nei contratti aventi ad oggetto la generica (e non ben individuata) categoria dei «servizi riguardanti le attività del tempo libero» – categoria di cui debbono considerarsi meri esempi la fornitura di alloggi per fini non residenziali, il trasporto di beni, il noleggio di auto e i servizi di *catering* – qualora il servizio sia fornito in una data o in un periodo di esecuzione specifici<sup>108</sup>.

## 2.2. Le “eccezioni” di cui all’art. 16 lett. a) e lett. h).

La portata precettiva delle fattispecie indicate nell’art. art. 16 lett. a), h) necessita un chiarimento, non potendo esse essere definite *sic et simpliciter* «eccezioni» al diritto di recesso.

In particolare, l’art. 16 lett. a) stabilisce che nessun diritto di recesso è previsto «nei contratti di servizi dopo la piena prestazione del servizio, se l’esecuzione è iniziata con l’accordo espresso del consumatore e con l’accettazione del fatto che perderà il diritto di recesso a seguito della piena esecuzione del contratto da parte del professionista».

Contrariamente a quanto si sarebbe portati a ritenere in base alla collocazione sistematica della disposizione, l’art. 16 lett. a) non prevede però una fattispecie sottratta all’ambito di applicazione della disciplina del diritto di recesso, bensì più propriamente un’ipotesi di estinzione del diritto di recesso, in piena coerenza con il principio dell’efficacia *ex nunc* del diritto di recesso sancito

---

evitare che i rischi legati ad un’operazione economica concordata e voluta da entrambe le parti possano essere riversati sul solo professionista. Al riguardo v. F. VIGLIONE, Sub *art. 55 c.cons.*, in *Comm. De Cristofato-Zaccaria*, Padova 2010, p. 463s.; G. THÜSING, Sub § 312d BGB, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin 2012, Rn. 74ss.

<sup>108</sup> Il *considerando* n. 49 della direttiva sembra fondare siffatta esclusione del diritto di recesso sulla circostanza che un eventuale recesso *last minute*, esporrebbe il professionista al rischio di non poter ricollocare la prestazione sul mercato. Tale fondamento non appare però del tutto convincente: ben può darsi il caso in cui il consumatore concluda il contratto il 15 gennaio per il noleggio di un’auto il 1° maggio. In una siffatta ipotesi, se al consumatore fosse consentito di recedere in applicazione dell’art. 9 par. 1, il suo diritto di recesso “scadrebbe” al più tardi il 30 gennaio, offrendo quindi al professionista uno spazio temporale della durata di tre mesi per trovare nuovi clienti.

nell'art. 12 dir. 2011/83/UE<sup>109</sup>: tale principio attribuisce al consumatore la facoltà di esercitare il diritto di recesso sino a quando (e a condizione che) sussistano ancora effetti negoziali suscettibili di essere rimossi, con la conseguenza che, ove il contratto abbia ricevuto completa esecuzione, il diritto di recesso non può che estinguersi<sup>110</sup>.

L'art. 16 lett. h), prende invece in considerazione i contratti d'opera conclusi da un consumatore con un professionista, nei quali il consumatore ha specificamente richiesto la visita del professionista ai fini dell'effettuazione di lavori urgenti di riparazione o manutenzione. È evidente come questa "eccezione" sia destinata a trovare applicazione prevalentemente nei contratti conclusi con artigiani ed operai. L'intenzione del Legislatore, infatti, dovrebbe essere quella di tutelare soprattutto le esigenze dei consumatori nei casi urgenti, scongiurando il pericolo che i professionisti possano rinviare l'esecuzione della prestazione alla scadenza del termine di quattordici giorni per recedere<sup>111</sup>.

La portata di tale eccezione – pur rilevante ai fini della tutela del consumatore – risulta però certamente ridimensionata da un duplice ordine di indici normativi.

In primo luogo, perché ai sensi dell'art. 16 lett. h) 2<sup>a</sup> proposizione, «Se, in occasione di tale visita, il professionista fornisce servizi oltre a quelli specificamente richiesti dal consumatore o beni diversi dai pezzi di ricambio necessari per effettuare la manutenzione o le riparazioni, occorre applicare il diritto di recesso a tali servizi o beni supplementari». La disposizione lascia allora ragionevolmente supporre che l'esclusione del diritto di recesso sancita nella 1<sup>a</sup> proposizione possa operare soltanto se e nella misura in cui il professionista esegua *specificamente* quei lavori urgenti *espressamente* richiesti dal consumatore; viceversa, se il professionista approfitta della visita presso il consumatore per svolgere lavori – non necessariamente di manutenzione o di riparazione – diversi da quelli urgenti e che gli erano stati richiesti, allora è da ritenersi che tali lavori

---

<sup>109</sup> Circa l'efficacia *ex nunc* del diritto di recesso sancito nell'art. 12, v. B. LURGER, *op. cit.*, p. 76 ove si afferma che «*Es handelt sich dabei um eine sachenrechtlich ex nunc, schuldrechtlich aber wohl ex tunc wirkende Aufhebung des Vertrags*».

<sup>110</sup> In ragione di ciò, sembra opportuno rinviare l'esame di questa disposizione nel contesto degli effetti del diritto di recesso.

<sup>111</sup> Cfr. il Parere del Comitato economico e sociale, *cit.*, punto 5.5.

costituiscano l'oggetto di un autonomo e diverso contratto per la prestazione di servizi, la cui conclusione determina l'insorgere in capo al consumatore di un diritto di recesso *ex art. 9ss. della direttiva 2011/83/UE*<sup>112</sup>.

In secondo luogo, la portata dell'eccezione contemplata dall'art. 16 lett. *h*) deve essere ulteriormente ridimensionata in considerazione delle disposizioni dettate nell'art. 7 par. 4 della direttiva sui diritti dei consumatori, la cui attuazione nelle legislazioni nazionali è però rimessa alla discrezionalità degli Stati membri<sup>113</sup>.

Invero, nonostante la collocazione sistematica possa indurre a ritenere che l'art. 7 par. 4 rilevi in modo circoscritto e, segnatamente, nella sola disciplina delle modalità di trasmissione dell'obbligo di informazione, un attento esame delle sue disposizioni rivela prescrizioni di assoluto e fondamentale rilievo precettivo per la disciplina dei presupposti e dell'efficacia del diritto di recesso nella specifica categoria dei contratti aventi ad oggetto lavori di riparazione/manutenzione.

L'art. 7 par. 4 stabilisce, infatti, che se le parti «adempiono immediatamente ai propri obblighi contrattuali e l'importo a carico del consumatore non supera i 200 EUR», il professionista è senz'altro gravato dall'obbligo di informare il consumatore ai sensi dell'art. 6 par. 1 lett. *h*), *k*), ovvero sia in merito alla possibilità o meno di esercitare il diritto di recesso.

Questa disposizione ha una portata generale, tale da contenere, in un rapporto di genere a specie, quella contenuta nell'art. 16 lett. *h*)<sup>114</sup>: per un verso, perché non si riferisce ai *servizi urgenti*, ma prende in considerazione tutti i contratti «in cui il consumatore ha chiesto espressamente i servizi del professionista ai fini dell'effettuazione di lavori di riparazione e manutenzione»;

---

<sup>112</sup> Qualora la prestazione di servizi oggetto di tale nuovo ed autonomo contratto si riveli essere essa stessa urgente – sebbene non collegata a quella originariamente richiesta dal consumatore – la *ratio* dell'art. 16 lett. *h*) suggerirebbe di escludere il diritto di recesso. Così, ad esempio, se il consumatore richiede la visita di un tecnico per la riparazione della porta principale della sua abitazione e, durante l'esecuzione dei lavori, scorge una perdita d'acqua del termosifone, l'eventuale conclusione di un contratto per la riparazione del termosifone non dovrebbe determinare l'insorgenza di alcun diritto di recesso.

<sup>113</sup> Così Art. 7 par 4, 2<sup>a</sup> proposizione.

<sup>114</sup> Sono infatti tendenzialmente irrilevanti gli elementi di specialità dell'art. 7 par. 4 rispetto all'art. 16 lett. *h*). In particolare, l'unico elemento di specialità dell'art. 7 par. 4 dovrebbe essere dato dall'applicabilità della disposizione ai soli contratti di valore non superiore a 200 euro.

per un altro verso, perché la norma contenuta nell'art. 7 par. 4 lett. *a)* – nella misura in cui richiama le informazioni elencate nell'art. 6 par. 1 lett. *h)* e lett. *k)* – si riferisce sia ai contratti in cui il diritto di recesso è escluso sia ai contratti in cui il diritto di recesso è previsto.

In ragione di ciò sembra potersene dedurre che le disposizioni dettate nell'art. 7 par. 4 compongono lo statuto generale della disciplina del diritto di recesso nei contratti d'opera per l'esecuzione di lavori di riparazioni o manutenzioni e impongono all'interprete di distinguere, dall'angolo prospettico della disciplina applicabile, tre diverse fattispecie negoziali.

A) In primo luogo vengono in considerazione i contratti aventi ad oggetto l'effettuazione di lavori *non urgenti* di riparazione o manutenzione, il cui valore supera i 200 euro o per i quali le parti non adempiono immediatamente le obbligazioni contrattuali: tali contratti rientrano perfettamente nel campo di applicazione della direttiva 2011/83/UE, con la conseguenza che il professionista sarà senz'altro gravato dall'obbligo di informazione ai sensi dell'art. 6 e il consumatore potrà certamente esercitare il diritto di recesso ai sensi dell'art. 9.

B) In secondo luogo, vengono in rilievo i contratti per la prestazione di servizi aventi ad oggetto l'effettuazione di lavori *non urgenti* di riparazione o manutenzione, di valore non superiore a 200 Euro e per i quali le parti si siano obbligate all'immediato adempimento delle obbligazioni contrattuali: tali contratti rientrano nel *focus* dell'art. 7 par. 4, con la conseguenza che il professionista sarà gravato dall'ordinario obbligo di informazione ai sensi dell'art. 6 – salva la possibilità di trasmettere le informazioni secondo le modalità di cui all'art. 7 par. 4<sup>115</sup> – e il consumatore potrà certamente esercitare il diritto di recesso ai sensi dell'art. 9<sup>116</sup>.

C) In terzo e ultimo luogo, vengono in considerazione i contratti per la prestazione di servizi aventi ad oggetto l'effettuazione di lavori *urgenti* di riparazione o manutenzione. Sebbene tali contratti rientrino nel campo di

---

<sup>115</sup> Ovverosia di fornire le informazioni di cui all'art. 6 par. 1 lett. *a)*, *h)*, e *k)* secondo modalità formali diverse dall'utilizzo di un «formato cartaceo» o di un «altro mezzo durevole se il consumatore ha espressamente acconsentito».

<sup>116</sup> Qualora i Legislatori nazionali non dovessero attuare l'art. 7 par. 4, tali contratti rientrerebbero nella categoria Sub A).

applicazione della direttiva 2011/83/UE e obblighino, quindi, il professionista alla trasmissione delle informazioni contemplate dall'art. 6 par. 1, essi non potranno essere unilateralmente sciolti dal consumatore. In relazione ad essi, infatti, trovano applicazione l'art. 6 par. 1 lett. *k*) e l'art. 16 lett. *h*), le cui disposizioni disciplinano i contratti esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina del diritto di recesso. In conclusione sembra si possa affermare che la stipulazione di un contratto per la prestazione di servizi di riparazione o manutenzione determina, in via tendenziale, l'insorgere in capo al consumatore del diritto di recesso; tale diritto non sorge soltanto nella specifica ed eccezionale ipotesi prevista dall'art. 16 lett. *h*), ovvero soltanto qualora il professionista esegua proprio quel servizio – o un altro servizio che si renda necessario per l'esecuzione del primo – che sia stato espressamente richiesto dal consumatore perché urgente, dovendosi considerare tale solo il servizio la cui esecuzione non possa essere procrastinata alla scadenza del termine per recedere.

### **2.3. Le esclusioni di cui all'art. 3 par. 3 lett. *d*), *g*), *h*).**

#### **2.3.1 La *ratio* delle esclusioni**

Dopo aver chiarito i confini dell'ambito di applicazione della disciplina del diritto di recesso con riferimento alle «eccezioni» previste dall'art. 16, sembra opportuno prendere in considerazione la possibilità di estendere ulteriormente tale ambito con riferimento alle fattispecie contemplate dall'art. 3 par. 3 dir. 2011/83/UE.

A tal proposito è d'uopo ricordare in via preliminare che la direttiva 2011/83/UE si sostanzia in una disciplina orizzontale dei diritti dei consumatori, ovvero in un quadro normativo di portata autenticamente generale della tutela del consumatore in tutti i contratti conclusi a distanza o fuori dei locali commerciali.

Ne deriva che, a rigore, l'applicazione delle sue disposizioni è necessariamente destinata a interferire con l'ambito di applicazione della disciplina

dettata da direttive di “portata verticale”, ovvero sia riferite a specifici settori di tutela del consumatore.

Ciò è evidente nella disciplina del diritto di recesso, atteso che le previsioni della direttiva 2011/83/UE si aggiungono al novero dei provvedimenti normativi europei che contemplano una complessa e dettagliata disciplina dei presupposti, termini, modalità d’esercizio ed effetti del diritto del consumatore di sciogliere unilateralmente il vincolo negoziale: la direttiva 2002/83/CE sui contratti di assicurazione; la direttiva 2002/65/CE sui servizi finanziari a distanza; la direttiva 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti tutto compreso; la direttiva 2008/122/CE su taluni aspetti dei contratti di multiproprietà; la direttiva 2008/48/CE sui contratti di credito al consumo.

Sotto questo profilo ben si comprende allora la *ratio* dell’art. 3 par. 2<sup>117</sup> – e delle disposizioni dell’art. 3 par. 3 lett. *d*), *g*), *h*), mediante le quali la direttiva 2011/83/UE individua, in modo puntuale e selettivo, le fattispecie negoziali afferenti ad una prestazione di servizi escluse dal suo ambito di applicazione, perché già oggetto di una specifica direttiva di tutela del consumatore<sup>118</sup>.

In altre parole, il fondamento delle esclusioni dal campo di applicazione della direttiva 2011/83/UE non risiede certo nella mancanza di un bisogno concreto di tutela del consumatore in tali fattispecie negoziali, allorché esse si perfezionino a distanza o fuori dei locali commerciali. L’unica ed esclusiva ragione che consente di giustificare l’inapplicabilità della direttiva 2011/83/UE in tali fattispecie negoziali è data dalla circostanza che il consumatore gode già di una forma di tutela e, segnatamente, di un diritto di recesso, rendendosi pertanto necessario evitare un cumulo, un «conflitto» tra più regimi normativi di tutela del consumatore.

---

<sup>117</sup> Ai cui sensi «In caso di conflitto tra le disposizioni della presente direttiva e una disposizione di un altro atto dell’Unione che disciplini settori specifici, la disposizione di tale altro atto dell’Unione prevale e si applica a tali settori specifici».

<sup>118</sup> In particolare, la portata dell’esclusione sancita dall’art. 3 par. 3 lett. *d*) deve essere individuata alla luce della definizione di «servizi finanziari» contenuta nell’art. 2 n. 12 dir. 2011/83/UE: dalla combinazione delle due disposizioni risulta che sono esclusi dall’ambito di applicazione della direttiva sui diritti dei consumatori tutti i contratti aventi ad oggetto servizi «di natura bancaria, creditizia, assicurativa, pensionistici individuali, di investimento o di pagamento», ovvero sia tutti i contratti contemplati nelle direttive 2002/65/CE, 2002/83/CE, 2008/48/CE.

Nella prospettiva di una globale e coerente riforma del diritto dei consumi, il Legislatore europeo ha quindi voluto imporre l'applicabilità di un'unica disciplina del diritto di recesso – quella dettata dalla direttiva di portata settoriale – manifestando in tal modo la chiara intenzione di perseguire la certezza del diritto, piuttosto che dare seguito alle istanze di tutela del consumatore; istanze, queste ultime, che avrebbero suggerito di affidare all'interprete, a fronte del caso concreto, il compito di individuazione e applicare il regime normativo più favorevole per la protezione del contraente debole<sup>119</sup>.

### **2.3.2. La possibilità per gli Stati membri di prevedere un diritto di recesso nelle fattispecie escluse dall'ambito di applicazione della direttiva 2011/83/UE.**

Pur aderendo alla scelta compiuta dal Legislatore e, quindi, riconoscendo che l'applicabilità di una sola (e specifica) disciplina del diritto di recesso è idonea ad assicurare al consumatore un elevato e adeguato livello di tutela nei confronti del professionista, è innegabile che l'attuazione letterale delle disposizioni dell'art. 3 par. 3 dir. 2011/83/UE potrebbe fare emergere casi in cui gli interessi dei consumatori siano esposti al rischio di essere compromessi nella contrattazione *extra moenia o inter absentes*.

In particolare, preme qui riferirsi all'ipotesi – già segnalata nelle pagine precedenti – in cui il consumatore concluda un contratto escluso dall'ambito di applicazione della direttiva 2011/83/UE per ragioni di coerenza del europeo dei contratti – essendo tale contratto, almeno in linea teorica, già disciplinato da un'altra direttiva comunitaria – ed altresì non compreso nell'ambito di applicazione della specifica direttiva di tutela del consumatore.

Si pensi al caso in cui il consumatore concluda fuori dei locali commerciali un contratto di credito al consumo di valore non superiore a 200 euro o superiore a

---

<sup>119</sup> Al riguardo v. art. 75 c.cons. ove il Legislatore italiano espressamente stabilisce che nei contratti di *Timesharing* trovano applicazione anche le «disposizioni di cui agli articoli da 64 a 67» e «ove ne ricorrano i relativi presupposti, le più favorevoli disposizioni dettate dal capo I del titolo III della parte III».

75 mila euro: in queste ipotesi, a rigore, il consumatore non vanta alcun diritto di recesso sia ai sensi della direttiva sui diritti dei consumatore (in ragione dell'esclusione disposta nell'art. 3 par. 3 lett. *d*) dir. 2011/83/UE) sia ai sensi della direttiva sul credito al consumo, (in in ragione dell'esclusione disposta dall'art. 2 par. 2 lett. *c*) dir. 2008/48/CE<sup>120</sup>).

Sembra opportuno chiedersi se sia giusto e coerente privare il consumatore della possibilità di sciogliere il contratto ai sensi della direttiva 2011/83/UE qualora il contratto da lui concluso a distanza o fuori dei locali commerciali integri i presupposti di una fattispecie espressamente contemplata ed esclusa dal campo di applicazione della direttiva preposta alla disciplina di quel singolo negozio.

Al riguardo si deve sottolineare che, in un caso come quello da noi preso in considerazione – *id est* in un contratto di credito al consumo concluso fuori dei locali commerciali – la previsione di un diritto di recesso si fonda su due ordini di motivi: per un verso, sulla intrinseca complessità tecnica e giuridica di un «contratto di credito», nonché sulla rilevanza ed entità delle conseguenze economiche che operazioni siffatte normalmente implicano per i consumatori<sup>121</sup>; per un altro verso, sulle peculiari circostanze e modalità della contrattazione impiegate dalle parti per giungere alla conclusione del contratto, che potrebbero indurre il consumatore ad una decisione non sufficientemente ponderata e meditata in relazione ai rischi e alle conseguenze economiche derivanti dalla conclusione del contratto<sup>122</sup>.

È evidente che si tratta di due fondamenti assolutamente autonomi, tanto da giustificare l'adozione di due diverse direttive: la direttiva 2008/48/CE e la direttiva 2011/83/UE. Ne deriva che il venire meno del primo fondamento – perché il valore del contratto non supera la soglia minima ovvero perché supera la

---

<sup>120</sup> Vedi anche considerando n. 10 dir. 2008/48/CE che autorizza gli Stati membri a comprendere tali contratti nell'ambito di applicazione delle disposizioni di attuazione della direttiva. Siffatta opzione non è stata sfruttata dal Legislatore italiano: v. art. 122 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico bancario).

<sup>121</sup> È questo il fondamento del diritto di recesso previsto dall'art. 14 dir. 2008/48/CE. Così G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione «completa» delle disposizioni nazionali concernenti «taluni aspetti» dei «contratti di credito ai consumatori»*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 385.

<sup>122</sup> È questo invece il fondamento del diritto di recesso previsto dall'art. 9 dir. 2011/83/UE.

soglia massima individuata dal Legislatore europeo per ritenere concreto il rischio di una condizione di debolezza del consumatore – non esclude in alcun modo il secondo fondamento del diritto di recesso, ovvero sia la necessità di tutelare il consumatore contro il rischio di decisioni negoziali affrettate e non ben ponderate.

Ciò nonostante, la direttiva 2011/83/UE non contempla alcuna possibilità per il consumatore di esercitare il diritto di recesso in relazione a queste fattispecie, atteso che essa si limita *sic et simpliciter* ad escluderle dal suo ambito di applicazione.

Conviene allora chiedersi se il Legislatore europeo abbia almeno concesso agli Stati membri la possibilità di prevedere un diritto di recesso a favore del consumatore al momento dell’attuazione della direttiva 2011/83/UE negli ordinamenti nazionali<sup>123</sup>.

In prima battuta, si sarebbe portati a ritenere che la direttiva 2011/83/UE è ispirata al principio dell’armonizzazione completa delle legislazioni nazionali e, pertanto, esclude qualsiasi discrezionalità degli Stati membri nella disciplina degli istituti giuridici da essa stessa contemplati: *ergo* anche nella previsione e disciplina del diritto di recesso del consumatore.

Ciò è sicuramente vero per quanto concerne le fattispecie contemplate nell’art 16 dir. 2011/83/UE, ovvero sia con riferimento ai contratti espressamente esclusi dall’ambito di applicazione della specifica disciplina del diritto di recesso: sicché ai Legislatori nazionali è certamente preclusa la possibilità di prevedere un diritto di recesso, ad esempio, nei contratti relativi a servizi il cui prezzo è legato a fluttuazioni nel mercato finanziario.

Tuttavia, con specifico riferimento alle fattispecie elencate nell’art. 3 par. 3 dir. 2011/83/UE, ovvero sia in relazione ai contratti esclusi dall’ambito di applicazione dell’intera direttiva sui diritti dei consumatore, non può affermarsi con altrettanta certezza che gli Stati membri siano privati di qualsiasi spazio di discrezionalità nell’individuare misure di protezione del consumatore.

A rigore, infatti, valgono le indicazioni del *considerando* n. 13, ai cui sensi «Gli Stati membri dovrebbero restare competenti, conformemente al diritto dell’Unione,

---

<sup>123</sup> Cfr. anche B LURGER, *Widerrufsrechte*, cit., p. 66ss..

per l'applicazione delle disposizioni della presente direttiva ai settori che non rientrano nel suo ambito di applicazione. Di conseguenza, gli Stati membri possono mantenere o introdurre una legislazione nazionale corrispondente alla presente direttiva, o a talune delle sue disposizioni, in materia di contratti che non rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva»<sup>124</sup>.

In ragione di ciò, parrebbe profilarsi un importante spazio di discrezionalità per gli Stati membri al momento dell'attuazione della direttiva 2011/83/UE: i Legislatori nazionali potrebbero aggiungere all'elenco delle fattispecie cui non si applica il diritto di recesso (*id est* quelle di cui all'art. 16) un'apposita disposizione mediante la quale si stabilisce che «il diritto di recesso è altresì escluso nell'ipotesi in cui un'altra disposizione del Codice del consumo o di legge speciale attribuisce al consumatore il diritto di sciogliere il contratto»<sup>125</sup>.

Una tale disposizione, infatti, consentirebbe all'interprete di affermare che ove nessun'altra disposizione del Codice del consumo o di legge speciale prevede la possibilità di recedere dal contratto, il consumatore può senz'altro sciogliere il vincolo negoziale mediante esercizio del diritto di recesso ai sensi della disciplina dei contratti conclusi a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> Cfr. O. UNGER, *op. cit.*, p. 290, il quale sembra porre tale *considerando* a fondamento dell'affermazione secondo cui: l'art. 3 par. dir. 2011/83/UE individua delle fattispecie «*in denen die Mitgliedstaaten die Richtlinie zur Anwendung bringen dürfen, aber nicht müssen*».

<sup>125</sup> In dottrina:

<sup>126</sup> È questa infatti la lungimirante scelta compiuta dal Legislatore tedesco nei §312a e nel § 312d Abs. 5 *BGB* e confermata nel § 312g co. 3 *BGB-E* del *Gesetzentwurf für die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie*. Al riguardo v. I. SEANGER, Sub §312d *BGB*, in *Erman Kommentar zum BGB*, Köln 2011, Rn. 29s.; G. RING, Sub §312 *BGB*, in *Nomos Kommentar zum BGB*, Baden-Baden 2012, Rn. 83ss.; G. THÜSING, Sub §312a *BGB*, *Staudinger, BGB – Neubearbeitung*, Berlin 2013, Rn. 9; ID, Sub §312d *BGB*, *Staudinger Kommentar zum BGB – Neubearbeitung*, Berlin 2013, Rn. 86. *Ivi* anche indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali. Con specifico riferimento alla proposta di legge v. C. FÖHLISCH - T. DYAKOVA, *Fernabsatzrecht und Informationspflichten im Onlinehandel Anwendungsbereich nach dem Referentenentwurf zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie*, in *MMR*, 2013, p. 3ss..

**3. La portata dei contenuti degli artt. 9-14 dir. 2011/83/UE: tra l'aspirazione ad una disciplina generale ed unitaria del diritto di recesso e la necessità di introdurre delle distinzioni fondate sull'oggetto del contratto.**

La direttiva 2011/83/UE aspira all'introduzione di una disciplina generale del diritto di recesso, suscettibile di essere applicata in tutti i contratti conclusi da un consumatore con un professionista fuori dei locali commerciali o mediante l'impiego di tecniche di comunicazione a distanza.

È questa la ragione per cui gli artt. 9-14 non si riferiscono ad un'unica fattispecie negoziale bensì ad una pluralità di fattispecie, suscettibili di essere distinte in ragione della prestazione cui si obbliga il professionista mediante la stipulazione del contratto: contratti per la consegna di un bene mobile (contratti di vendita), contratti per la prestazione di servizi (contratti di servizi), «contratto per la fornitura di acqua, gas, elettricità e teleriscaldamento», e contratti per fornitura di un «contenuto digitale», reso accessibile attraverso modalità e strumenti diversi da un supporto materiale consegnato al consumatore.

In previsione della disciplina applicabile, la più rilevante differenza tra tali fattispecie risiede certamente nella circostanza che soltanto in alcuni di esse – *id est* nei contratti di vendita e nei contratti aventi ad oggetto un contenuto digitale fornito su un supporto materiale – la prestazione eseguita dal professionista è suscettibile di essere ripetuta dal consumatore<sup>127</sup>.

Viceversa nelle altre fattispecie negoziali che ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva 2011/83/UE la prestazione cui si obbliga il professionista si “consuma” nel momento stesso in cui essa è eseguita: è questo il caso dei contratti aventi ad oggetto una prestazione di servizi, la fornitura di un contenuto digitale su un supporto non materiale e la fornitura di acqua, gas,

---

<sup>127</sup> Cfr. Art. 14 par. 1 (per quanto concerne I contratti di vendita di beni) e art. 16 lett. i) (per quanto concerne i contratti aventi ad oggetto un contenuto digitale fornito su supporto materiale).

elettricità e teleriscaldamento, contratti accomunati tutti dalla irripetibilità della prestazione<sup>128</sup>.

In ragione di ciò, le disposizioni contenute negli artt. 9-14 della direttiva sui diritti dei consumatori tendono al raggiungimento di un punto di equilibrio tra due opposte tendenze.

Da un lato, l'aspirazione ad una disciplina del diritto di recesso che sia finalmente di portata autenticamente generale e comune a tutti i contratti conclusi dal consumatore: è sulla spinta di questa aspirazione che il Legislatore ha previsto un unico e medesimo termine di quattordici giorni per l'esercizio del diritto di recesso, da applicarsi «a tutti i contratti a distanza e i contratti negoziati fuori dei locali commerciali»<sup>129</sup>, e ha altresì introdotto «un modulo tipo di recesso» che il consumatore possa utilizzare per manifestare la propria volontà di sciogliere il contratto<sup>130</sup>.

Dall'altro lato, la necessità di dettare una disciplina del diritto di recesso che tenga conto delle caratteristiche proprie della prestazione richiesta al professionista: espressione di questa necessità è senz'altro la previsione di diversi *dies a quo* per l'esercizio del diritto di recesso<sup>131</sup>, di una pluralità di regimi normativi per la disciplina delle obbligazioni nascenti in capo alle parti a seguito

---

<sup>128</sup> Sottolinea questa differenza ontologica fra le prestazioni anche: B. LURGER, *Widerrufsrechte*, cit., p. 59ss.; E. HALL - G. HOWELLS - J. WATSON, *The Consumer Rights Directive – An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law*, in *ERCL*, 2012, p. 161.

<sup>129</sup> Cfr. *considerando* n. 40, ove si afferma che «I diversi termini di recesso tra Stati membri e per i contratti a distanza e i contratti fuori dei locali commerciali sono causa di incertezza giuridica e di costi di adempimento». Al riguardo v. N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Tratt. Galgano*, LXII, Padova 2012, p. 433s., la quale imputa la disarmonia tra le precedenti discipline dettate dalla direttiva 85/577/CEE e dalla direttiva 97/7/CE alla «discrasia temporale che separava le due diverse direttive».

<sup>130</sup> Cfr. *considerando* n. 44, ove si afferma che «Le differenze nel modo in cui il diritto di recesso è esercitato negli Stati membri sono fonte di costi per i professionisti che vendono a livello transfrontaliero».

<sup>131</sup> Cfr. *considerando* n. 40 ove proprio a tal proposito si afferma che «Nel caso dei contratti di servizio, il periodo di recesso dovrebbe scadere quattordici giorni dopo la conclusione del contratto. Nel caso dei contratti di vendita, il periodo di recesso dovrebbe scadere quattordici giorni dopo quello in cui il consumatore o un terzo diverso dal vettore e indicato dal consumatore acquisisce il possesso fisico dei beni».

dell'esercizio del diritto di recesso<sup>132</sup>, nonché di una pluralità di opzioni per la compilazione del modulo di informazione tipo di cui all'allegato I, Parte A.

Ne deriva allora che, ai nostri fini – *id est* al fine di analizzare la disciplina del diritto di recesso nei contratti per la prestazione di servizi – non saranno prese in considerazione tutte le disposizioni dettate negli artt. 9 ss. della direttiva 2011/83/UE, bensì soltanto quelle disposizioni che consentono di delineare il quadro normativo dei presupposti delle modalità di esercizio e degli effetti del diritto di recesso nei contratti conclusi a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali, mediante i quali il professionista si impegna all'esecuzione di una prestazione di servizi.

#### **4. Termini e modalità di esercizio del diritto di recesso.**

##### **4.1. I termini previsti dall'art. 9 par. 2 lett. a) e dall'art. 10.**

Stante il disposto dell'art. 11 par. 2 dir. 2011/83/UE, ai cui sensi il diritto di recesso è esercitato (*rectius* è efficace) «se la comunicazione relativa all'esercizio del diritto di recesso è inviata dal consumatore prima della scadenza del periodo di recesso», si rende necessario prendere in esame in via preliminare – prima cioè di esaminare la disciplina delle modalità di esercizio del diritto di recesso – le disposizioni che consentono di individuare con precisione il termine entro il quale il consumatore può e deve manifestare la volontà di sciogliere il vincolo negoziale.

A tal proposito sembra opportuno sottolineare che la disciplina dei termini per l'esercizio del diritto di recesso dettata dalla direttiva 2011/83/UE è strettamente connessa all'osservanza delle prescrizioni contenute nell'art. 6 par. 1 lett. h), concernenti l'obbligo di informare il consumatore sull'esistenza, le condizioni, i termini e le modalità di esercizio del diritto di recesso.

Dal combinato disposto degli artt. 9-10 dir. 2011/83/UE emerge che il termine di esercizio del diritto di recesso nei contratti per la prestazione di servizi varia a seconda che l'obbligo di informazione sia stato correttamente adempiuto, tardivamente adempiuto oppure letteralmente inadempito dal professionista.

---

<sup>132</sup> Cfr. *considerando* n. 46 e *considerando* n. 50.

In particolare, qualora il professionista abbia correttamente adempiuto l'obbligo di informazione sul diritto di recesso nella fase prenegoziale – consegnando al consumatore l'apposito modulo previsto nell'allegato I, A (oppure un autonomo ed equivalente documento informativo) – il consumatore potrà esercitare il diritto di recesso entro quattordici giorni, decorrenti «dal giorno della conclusione del contratto» (art. 9 par. 2 lett. a))<sup>133</sup>.

Qualora invece il professionista non abbia adempiuto tempestivamente l'obbligo di informazione precontrattuale, il termine per l'esercizio del diritto di recesso sarà sempre di quattordici giorni, decorrenti però dal momento – ovviamente successivo alla conclusione del contratto – in cui il consumatore sia stato correttamente informato in merito al diritto di recesso (art. 10 par. 2).

Tuttavia, ove ciò non accada – *id est* nell'ipotesi in cui il professionista non adempia l'obbligo di informazione nemmeno in un momento successivo alla conclusione del contratto – al fine di evitare che il termine per l'esercizio del diritto di recesso possa prolungarsi all'infinito, il Legislatore ha stabilito che «il periodo di recesso scade dodici mesi dopo la fine del periodo iniziale», ovvero sia dopo dodici mesi e quattordici giorni dal momento in cui le parti hanno provveduto alla conclusione del contratto (art. 10 par. 1).

È evidente allora come siffatte disposizioni rispondano ad una precisa esigenza: quella di uniformare la precedente disciplina dei termini per l'esercizio del diritto di recesso nei contratti conclusi a distanza e fuori dei locali commerciali, aggiornandone altresì i contenuti alle più recenti direttive di tutela del consumatore e alle indicazioni fornite sul punto dalla Corte di giustizia dell'UE<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> Stante l'art. 2 par. 1, 2<sup>a</sup> proposizione del Regolamento (CEE, Euratom) n. 1182/71 del Consiglio, del 3 giugno 1971 (richiamato nel *considerando* n. 41 dir. 2011/83/UE) nel computo dei giorni per l'esercizio del diritto di recesso deve essere escluso quello della conclusione del contratto.

<sup>134</sup> In particolare, deve essere ricordato che la direttiva 85/577/CEE prevedeva una disciplina dei termini di esercizio di carattere esiziale, limitandosi a stabilire nell'art. 5 par. 1 che «il consumatore ha il diritto di rescindere il proprio impegno indirizzando una comunicazione entro un termine di almeno 7 giorni dal momento in cui ha ricevuto l'informazione» sul diritto di recesso. Oltre che per la formulazione impropria – *in primis* l'impiego del termine «rescindere» in luogo di recedere – questa disposizione è stata oggetto di numerose e rilevanti critiche per almeno due ordini di motivi. In primo luogo, in ragione del riferimento ad un termine di «almeno sette giorni», atteso che tale previsione, per un verso, individuava un termine di esercizio del diritto di recesso eccessivamente breve per la tutela del consumatore nel moderno mercato dei consumi e,

#### **4.2. Il termine lungo per recedere previsto dall'art. 10 par. 1: profili critici per la tutela del consumatore**

A fondamento delle novità introdotte dalle disposizioni dettate negli art. 9 e 10 dir. 2011/83/UE non vi è in via esclusiva l'intenzione di garantire al consumatore una protezione maggiore rispetto a quella prevista dalle precedenti direttive sui contratti conclusi "porta a porta" e "a distanza", bensì anche l'intenzione di raggiungere un armonioso equilibrio tra le istanze di tutela del consumatore e le istanze di certezza del diritto.

In particolare, con specifico riferimento alla durata del «termine ordinario» per l'esercizio del diritto di recesso, le nuove disposizioni sono certamente volte ad elevare la tutela del consumatore, atteso che la previsione di un periodo di riflessione di almeno quattordici giorni in luogo di quello di sette giorni previsto dalle direttive 85/577/CEE e 97/7/CE, è senz'altro conforme alle esigenze di un mercato di consumo caratterizzato dal ricorso sempre più frequente ad acquisti oltre confine<sup>135</sup>.

Con riferimento alla disciplina dei «termini lunghi» di esercizio del diritto di recesso, collegati alla violazione dell'obbligo di informazione, deve invece essere sottolineato come dalle statuizioni di cui all'art. 10 dir. 2011/83/UE emerga in modo palese l'intenzione di far fronte a due opposte esigenze: da un lato, quella di assicurare al consumatore un elevato grado di tutela nei contratti conclusi a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali, incentivando l'adempimento dell'obbligo di informazione da parte del professionista; dall'altro quella di preservare i principi di obbligatorietà dei vincoli negoziali e di certezza giuridica, evitando che il diritto di recesso possa essere esercitato molto (o troppo) tempo dopo la conclusione del contratto.

---

per un altro verso, non contribuiva al raggiungimento di un adeguato livello di armonizzazione (benché minima) delle legislazioni nazionali, autorizzando gli Stati membri alla previsione di termini diversissimi, purché di durata pari o superiore alla "soglia minima" di una settimana. In secondo luogo, perché né l'art. 5 par. 1 né alcun'altra disposizione della direttiva 85/577/CEE contemplava un "termine lungo" per l'esercizio del diritto di recesso in caso di violazione dell'obbligo di informazione. Al riguardo v. per tutti M. FARNETI, *Sub art. 65 c.cons.*, in *Comm. De Cristofaro – Zaccaria*, Padova 2010, p. 511ss.

<sup>135</sup> Cfr. E. HALL - G. HOWELLS - J. WATSON, *The Consumer Rights Directive*, cit., p. 156; M. LOOS, *Right of Withdrawal*, cit. p. 248.

Espressione della prima esigenza è la disposizione dell'art. 10 par. 2: nella misura in cui dispone che il *dies a quo* del termine ordinario di quattordici giorni coincide con il momento in cui il consumatore è stato effettivamente ed esaustivamente informato circa l'esistenza, le modalità di esercizio e gli effetti del diritto di recesso, la norma accoglie il principio espresso nella sentenza della Corte di giustizia dell'UE nella causa *Heininger*, ove si affermava che «se il consumatore non ha conoscenza dell'esistenza di un diritto di recesso, si trova nell'impossibilità di esercitarlo»<sup>136</sup>.

Espressione della seconda esigenza è invece l'art. 10 par. 1, atteso che ai sensi di tale disposizione, anche qualora il professionista non abbia adempiuto l'obbligo di informazione – e debba pertanto ritenersi, a rigore, che il consumatore si trovi *nell'impossibilità* di sciogliere il contratto – il Legislatore ha voluto evitare il protrarsi senza alcun limite temporale della situazione di incertezza circa la definitività del vincolo negoziale instauratosi tra le parti, stabilendo che il diritto di recesso può essere esercitato al più tardi entro un anno e quattordici giorni dalla conclusione del contratto.

Nonostante quest'ultima norma sia giustificata dall'esigenza di garantire la certezza del diritto (così *considerando* n. 43), non ci si può esimere dal segnalare come la sua introduzione negli ordinamenti nazionali avrà conseguenze di straordinario rilievo per almeno tre ordini di motivi.

In primo luogo, in ragione della prescritta armonizzazione completa perseguita dalla direttiva 2011/83/UE, l'attuazione dell'art. 10 par. 1 obbligherà quegli Stati membri che, come la Germania, avevano conformato le loro legislazioni nazionali ai dettami della sentenza *Heininger*, a riformare ulteriormente la disciplina dei termini di esercizio del diritto di recesso, introducendo disposizioni meno favorevoli al consumatore rispetto a quelle che si erano rese necessarie per dare attuazione all'art. 5 della direttiva 85/577/CEE<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> Punto 45 della sentenza della Corte (Sesta Sezione) del 13 dicembre 2001. Georg Heininger e Helga Heininger contro Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG, Causa C-481/99, *Raccolta della giurisprudenza*, 2001, p. I-09945.

<sup>137</sup> In particolare, vedi 355 co. 4, 2<sup>a</sup> proposizione *BGB*. La soluzione adottata dalla direttiva 2011/83/UE sembra essere più conforme alle indicazioni fornite dall'Avvocato generale ai punti 26ss. delle Conclusioni del 21 novembre 2007, Annelore Hamilton contro Volksbank Filder eG,

In secondo luogo, perché l'attuazione dell'art. 10 par. 1, obbligherà gli Stati membri a prevedere un «termine lungo» per l'esercizio del diritto di recesso, soltanto qualora il professionista abbia omissso di fornire la sola informazione concernente il diritto di recesso e non anche – come invece prevedeva l'art. 6 par. 1 della direttiva 97/7/CE – nell'ipotesi in cui sia rimasto inadempito uno qualsiasi degli obblighi di informazione prescritti nella fase delle trattative<sup>138</sup>.

In terzo e ultimo luogo, l'attuazione letterale dell'art. 10 par. 1, nella misura in cui la norma ricollega la decorrenza del termine per recedere al momento della conclusione del contratto, potrebbe avere un rilevante impatto sulla concreta possibilità per il consumatore di esercitare il diritto di recesso<sup>139</sup>.

Al riguardo, sembra infatti opportuno osservare che quello della conclusione del contratto è un momento di cui il consumatore non sempre ha una perfetta e immediata conoscenza. Così, ad esempio, applicando le regole del Codice civile, il consumatore non ha alcuna possibilità di conoscere il momento esatto della conclusione del contratto tutte le volte in cui la sua dichiarazione integri gli estremi di un'accettazione: ai sensi dell'art. 1326 co. 1° c.c., infatti, il contratto si conclude «nel momento in cui chi ha fatto la proposta [il professionista] ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte [il consumatore]»<sup>140</sup>.

Ne deriva che, per evitare possibili e facili aggiramenti del meccanismo di tutele predisposto dalla direttiva 2011/83/UE, sarebbe stato opportuno collegare il

Causa C-412/06, *Raccolta della giurisprudenza*, 2008, p. I-02383 ove si osserva che, in ipotesi di violazione dell'obbligo informativo, la previsione di un limite temporale all'esercizio del diritto di recesso è giustificabile in base alla considerazione che il consumatore deve «prestare una certa attenzione e avvedutezza».

<sup>138</sup> Così anche B. LURGER, *op. cit.*, p. 72s. Con la conseguenza che, nell'ordinamento tedesco, si renderà necessaria una riforma della disciplina dei termini di esercizio del *Widerrufsrecht* dettata dal 355 co. 4 *BGB* che elimini qualsiasi distinzione tra l'inadempimento della *Informationspflicht* e l'inadempimento della *Belehrungspflicht*.

<sup>139</sup> Analoghe considerazioni possono compiersi anche con riferimento alla disposizione contenuta nell'art. 9 par. 2 lett. a) dir. 2011/83/UE.

<sup>140</sup> Anche il disposto dell'art. 7 par. 2 e dell'art. 8 par. 7 dir. 2011/83/UE deve considerarsi insufficiente a garantire al consumatore la conoscenza del momento in cui il contratto è concluso. Infatti, sebbene queste disposizioni impongano al professionista di fornire al consumatore la «conferma del contratto concluso», nessuna di esse – né altre disposizioni delle direttiva 2011/83/UE e, segnatamente, l'art. 6 par. 1 – impongono al professionista di indicare la data esatta della conclusione del contratto. Anche l'allegato I, A della direttiva prevede che sia sufficiente l'indicazione: «Il periodo di recesso scade dopo 14 giorni dal giorno della conclusione del contratto».

termine di esercizio del diritto di recesso al «momento in cui il consumatore è informato che il contratto è concluso», analogamente a quanto previsto dall'art. 35 della direttiva 2002/83/UE relativa ai contratti di assicurazione sulla vita.

Se e in che misura agli Stati membri sia consentito “correggere” le disposizioni dell'art. 9 par. 2 lett. *a*) e dell'art. 10 par. 1 dir. 2011/83/UE è però dubbio, atteso il carattere dell'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali perseguita dall'intera disciplina del diritto di recesso. Stante l'opzione concessa agli Stati membri dall'art. 6 par. 8, 1<sup>a</sup> proposizione dir. 2011/83/UE al momento dell'attuazione dei precetti dell'art. 6 par. 1<sup>141</sup>, sarebbe probabilmente opportuno, integrare l'obbligo informativo gravante in capo al professionista mediante l'elaborazione di una disposizione che preveda di informare il consumatore del momento esatto in cui il contratto è da considerarsi concluso.

#### **4.3. Le modalità di esercizio del diritto di recesso.**

Mentre la direttiva 85/577/CEE e la direttiva 97/7/CE rimettevano agli Stati membri il compito di stabilire le modalità di esercizio del diritto di recesso<sup>142</sup>, la direttiva 2011/83/UE detta una specifica ed esaustiva disciplina delle modalità di manifestazione della volontà del consumatore di sciogliere il contratto.

A tal proposito si rende opportuno distinguere tra le disposizioni che disciplinano il contenuto della dichiarazione di recesso da quelle che disciplinano le modalità di invio della dichiarazione di recesso.

Per quanto attiene al *contenuto* della dichiarazione di recesso, l'art. 11 par. 1 lett. *a*) dir. 2011/83/UE stabilisce che il consumatore può esercitare il diritto di recesso utilizzando il «modulo tipo di recesso di cui all'allegato I parte B», ovvero il modulo che il professionista gli ha consegnato durante la fase delle

---

<sup>141</sup> Su cui vedi *supra*.

<sup>142</sup> Per i contratti porta a porta l'art. 5 par. 1 dir. 85/577/CEE prevedeva: «Il consumatore ha il diritto di rescindere il proprio impegno indirizzando una comunicazione (...) secondo le modalità e condizioni prescritte dalla legislazione nazionale». In merito ai contratti conclusi a distanza, invece la direttiva 97/7/CE non conteneva alcuna specifica disposizione normativa in merito alle modalità di esercizio del diritto di recesso, limitandosi soltanto a stabilire nel *considerando* n. 14 che: «spetta agli Stati membri determinare le altre condizioni e modalità relative all'esercizio del diritto di recesso».

trattative (art. 6 par. 1 lett. *h*)) contenente tutte le informazioni e i dati essenziali per la formulazione e l'invio della dichiarazione di voler sciogliere il contratto. Al fine di agevolare l'esercizio del diritto di recesso – in particolare, per far fronte alle ipotesi in cui il consumatore abbia smarrito il modulo di recesso tipo o tale modulo non gli sia stato mai consegnato dal professionista – l'art. 11 par. 1 lett. *b*) stabilisce che il consumatore può presentare anche una «qualsiasi altra dichiarazione esplicita della sua decisione di recedere dal contratto»<sup>143</sup>.

Per quanto attiene alle *modalità di invio* della dichiarazione di recesso, le disposizioni della direttiva 2011/83/UE consentono invece di distinguere almeno tre diverse procedure, mediante le quali è possibile manifestare al professionista la volontà di recedere dal contratto.

In linea di principio, l'efficacia della dichiarazione di recesso non è subordinata all'osservanza di alcuna specifica formalità, essendo consentito al consumatore di comunicare il recesso anche nel contesto di una semplice telefonata al professionista<sup>144</sup>. Il *considerando* n. 44 della direttiva 2011/83/UE chiarisce, però, che è nell'interesse del consumatore stesso avvalersi di un mezzo durevole per la manifestazione della volontà di recedere, atteso che ai sensi dell'art. 11 par. 4 l'onere di dimostrare l'avvenuto esercizio del diritto di recesso grava sul consumatore.

Ne deriva allora che – oltre alla prescritta libertà delle forme nell'esercizio del diritto di recesso – possono essere distinte due ulteriori modalità di invio della dichiarazione di voler sciogliere il contratto.

In primo luogo, il consumatore può formulare la dichiarazione di recesso per iscritto e provvedere al suo invio tramite il mezzo postale, *fax* o qualsiasi altro strumento che consenta di ottenere una conferma del fatto che essa è stata ricevuta

---

<sup>143</sup> Cfr. B. LURGER, *op. cit.*, p. 74, la quale, osservando come l'art. 11 par. 1 dir. 2011/83/UE vieta agli Stati membri di introdurre requisiti formali diversi da quelli prescritti dalla direttiva con esclusivo riferimento al «modulo di recesso tipo», sembra giungere alla conclusione per cui i Legislatori nazionali possano introdurre dei requisiti formali in relazione alla formulazione «di qualsiasi altra dichiarazione esplicita» di recesso.

<sup>144</sup> Vedi *considerando* n. 44 dir. 2011/83/UE

dal professionista<sup>145</sup>: è questa una «modalità di invio» che il professionista deve sempre garantire al consumatore, fornendogli – in adempimento dell’obbligo di cui all’art. 6 par. 1 lett. c) – l’indirizzo geografico ove egli è stabilito e, se disponibili, il numero di fax e l’indirizzo di posta elettronica<sup>146</sup>.

In secondo luogo, l’invio della dichiarazione di recesso può avvenire mediante la compilazione del «modulo di recesso tipo» o la formulazione di «una qualsiasi altra dichiarazione» direttamente sul sito *web* del professionista: è questa una mera opzione, eventuale ed aggiuntiva a quella precedente, con la quale il professionista può, ma non deve, consentire al consumatore di comunicare la volontà di sciogliere il contratto. Tuttavia, qualora il professionista consenta al consumatore di dichiarare il recesso direttamente sul suo sito *web*, è tenuto a confermare al consumatore il ricevimento del recesso, senza indugio e su un supporto durevole (art. 11 par. 3, 2<sup>a</sup> proposizione)<sup>147</sup>.

Ciò posto, sembra possibile affermare che la disciplina delle modalità di esercizio del diritto di recesso è certamente ispirata all’esigenza di agevolare il consumatore nella formulazione e nella comunicazione della volontà di sciogliere il contratto, atteso che il Legislatore prevede a tal proposito la più ampia libertà di contenuti e di forme per l’invio della dichiarazione di recesso.

Pertanto, stante il carattere di armonizzazione massima della disciplina del diritto di recesso, l’attuazione dei precetti previsti dall’art. 11 dir. 2011/83/UE negli Stati

---

<sup>145</sup> La conferma dell’avvenuta ricezione della dichiarazione di recesso da parte del professionista non è prescritta, ma sembra che essa sia necessaria per il consumatore, al fine di poter dimostrare di aver esercitato correttamente il diritto di recesso.

<sup>146</sup> È ovvio allora che questa modalità di invio della dichiarazione di recesso sarà impiegata dal consumatore tutte le volte in cui egli manifesti la sua volontà di recedere dal contratto mediante l’impiego del «modulo di recesso tipo». Tuttavia, tale modalità dovrebbe considerarsi comprensiva anche delle ipotesi in cui il professionista abbia fornito il suo indirizzo elettronico ai sensi dell’art. 6 par. 1 lett. c), e il consumatore provveda all’invio di una *Email* con avviso di avvenuta ricezione o di lettura da parte del destinatario.

<sup>147</sup> Nel *considerando* n. 45 si specifica che tale opzione si fonda sulla circostanza che «molti consumatori e professionisti preferiscono comunicare tramite il sito web del professionista» e, pertanto, «ci dovrebbe essere la possibilità per il professionista di offrire al consumatore l’opzione di compilare un modulo tipo di recesso sul sito web». Rappresentando essa una mera opzione e non una procedura sostitutiva alle tradizionali modalità di comunicazione del recesso, al consumatore deve sempre essere garantita la possibilità di inviare la comunicazione di recesso mediante il mezzo postale o, se disponibili, il fax e la posta elettronica: tali modalità, infatti, sono le uniche che consentono al consumatore di precostituire una prova dell’esercizio del diritto di recesso nelle ipotesi in cui il professionista non confermi la ricezione della dichiarazione di recesso sul proprio sito *web*.

membri dovrà necessariamente condurre ad una riforma di quelle legislazioni nazionali – *in primis* il Codice del consumo – che subordinano l’efficacia della dichiarazione di recesso all’osservanza di severi requisiti formali<sup>148</sup>.

Tuttavia, la disciplina dettata dall’art. 11 è altresì diretta a tutelare le ragioni del professionista atteso che essa mira a dissipare qualsiasi dubbio sia in merito all’effettiva volontà del consumatore di voler recedere dal contratto (prevedendo che la dichiarazione deve essere *esplicita*) sia in merito all’avvenuta ricezione della dichiarazione di recesso presso il professionista (prevedendo che l’onere della prova dell’esercizio del diritto di recesso grava sul consumatore). Per tale ragione l’attuazione dell’art. 11 negli Stati membri dovrà necessariamente condurre ad una riforma di quelle legislazioni nazionali che, come la Germania, accordavano al consumatore la possibilità di esercitare il diritto di recesso mediante la mera *Rücksendung der Sache* (§ 355 Abs. 1, 2<sup>a</sup> proposizione)<sup>149</sup>.

## **5. La sistematica della disciplina degli effetti del diritto di recesso dettata dalla dir. 2011/83/UE: individuazione delle disposizioni suscettibili di essere applicate nei contratti per la prestazione di servizi.**

La disciplina degli effetti del diritto di recesso dettata dalla direttiva 2011/83/UE si compone di disposizioni riferite per un verso allo scioglimento del contratto (art. 12 par. 1 lett. *a*)) e alla revoca della proposta negoziale (art. 12 par. 1 lett. *b*)) e, per un altro verso, all’insorgere di obbligazioni in capo al

---

<sup>148</sup> In particolare, si renderà necessario procedere ad una riforma delle disposizioni contenute nell’art. 64 c.cons., ove si subordina l’efficacia del diritto di recesso, alla circostanza che il consumatore abbia inviato la sua dichiarazione di recesso mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento (art. 64 co. 2°, 1<sup>a</sup> proposizione c.cons.), oppure mediante telegramma, telex, posta elettronica e fax, ferma restando la necessità di una lettera raccomandata con avviso di ricevimento nelle successive quarantotto ore, per confermare l’avvenuto recesso (art. 64 co. 2°, 2<sup>a</sup> proposizione c.cons.). Nell’ordinamento tedesco, sarà invece necessario riformare il § 355 Abs. 1, 2<sup>a</sup> proposizione *BGB*, ove si prescrive che «*Der Widerruf [...] ist in Textform [...] gegenüber dem Unternehmer zu erklären*».

<sup>149</sup> Al riguardo v. O. UNGER, *op. cit.*, p. 289.

professionista (art. 13) e al consumatore (art. 14) funzionali a ripristinare lo *status quo ante* la conclusione del contratto<sup>150</sup>.

Più volte nel corso del nostro studio è stato però segnalato come le nuove norme non siano riferite in via esclusiva ai contratti per la prestazione di servizi<sup>151</sup>. Conseguentemente, anche in relazione alla disciplina degli effetti del diritto di recesso, è innanzitutto opportuno individuare le disposizioni suscettibili di essere applicate nei contratti per la prestazione di servizi, *a)* perché di portata autenticamente generale nella disciplina degli effetti diritto di recesso nei contratti conclusi a distanza o fuori dei locali commerciali, ovvero *b)* perché specificamente riferite agli effetti del diritto di recesso nei contratti per la prestazione di servizi.

Nella prima categoria rientrano certamente le disposizioni dettate nell'art. 12, relative agli affetti del diritto di recesso sul contratto e sulla proposta negoziale del consumatore, nonché l'art. 14 par. 5, ove si esclude che l'esercizio del diritto di recesso possa determinare l'insorgere in capo al consumatore di obbligazioni diverse da quelle previste e disciplinate nell'art. 13 par. 2 e nell'art. 14<sup>152</sup>.

Rientrano invece nella seconda categoria le disposizioni contenute nell'art. 14 par. 3, nell'art. 14 par. 4 lett. *a)* e nell'art. 16 lett. *a)* ove il Legislatore europeo contempla tanto la disciplina dei presupposti quanto dei criteri di calcolo dell'obbligazione gravante in capo al consumatore a seguito dell'esecuzione e della fornitura della prestazione di servizi. Infine, stante il richiamo compiuto da

---

<sup>150</sup> È stata così colmata una profonda lacuna del diritto di tutela del consumatore nei contratti conclusi a distanza o negoziati fuori dei locali commerciale: fin dalle pagine iniziali del presente lavoro è stato infatti posto in evidenza come tanto la direttiva 85/577/CEE quanto la direttiva 97/7/CE contenessero delle statuizioni assolutamente scarse, se non addirittura insufficienti, per la disciplina degli effetti del diritto di recesso nei contratti per la prestazioni di servizi.

<sup>151</sup> Nel campo di applicazione della direttiva 2011/83/UE rientra qualsiasi negozio, concluso *extra moenia o inter absentes*, che si presti ad essere qualificato come «contratto di vendita», «contratto di servizi», «contratto per la fornitura di acqua, gas, elettricità e teleriscaldamento», e contratti per fornitura di un «contenuto digitale», reso accessibile attraverso modalità e strumenti diversi da un supporto materiale consegnato al consumatore.

<sup>152</sup> Dovrebbero poi considerarsi suscettibili di trovare applicazione in tutti i contratti conclusi a distanza o fuori dei locali commerciali anche le disposizioni di cui all'art. 13 par 1-2: sebbene sembrino essere riferite ai soli contratti aventi ad oggetto la consegna di un bene, tali disposizioni si prestano infatti a disciplinare la misura e le modalità di adempimento dell'obbligazione gravante in capo al professionista anche nei contratti per la prestazione di servizi, allorché *a)* il consumatore abbia pagato anticipatamente il corrispettivo di una prestazione di servizio non eseguita dal professionista *b)* risultino applicabili le disposizioni dettate nell'art. 14 par. 4 lett. *a)*.

tali disposizioni alle statuizioni contenute nell'art. 6 par. 1 lett. *h*) e lett. *j*), nell'art. 7 par. 3 e nell'art. 8 par. 8, l'esame della disciplina delle obbligazioni gravanti in capo al consumatore a seguito dell'esercizio del diritto nei contratti per la prestazione di servizi deve essere necessariamente condotto congiuntamente all'esame della disciplina dei contenuti dell'informazione e dei «requisiti formali» per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali e per i contratti a distanza.

#### **6. Art. 12: Il diritto di sciogliere il contratto e di revocare la proposta negoziale.**

Ai sensi dell'art. 12 dir. 2011/83/UE l'esercizio del diritto di recesso entro i termini stabiliti dagli artt. 9-10 e secondo le modalità prescritte dall'art. 11 pone termine agli obblighi (*enden di Verpflichtungen, terminate di obligations*) delle parti «di eseguire il contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali» ovvero «di concludere un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali nei casi in cui un'offerta sia stata fatta dal consumatore».

Nonostante l'imprecisa formulazione della disposizione e, in particolare, il riferimento agli *obblighi di concludere un contratto*, sembra si possa affermare che – dal punto di vista dogmatico – a prescindere dall'oggetto dell'accordo raggiunto dalle parti o dal contenuto della proposta del consumatore, il diritto di recesso previsto dalla direttiva 2011/83/UE si qualifica come un diritto potestativo, attribuito in via esclusiva al consumatore per sciogliere il contratto già concluso con il professionista ovvero per revocare la proposta diretta alla conclusione di un contratto con il professionista<sup>153</sup>.

---

<sup>153</sup> Al riguardo vedi A.M. BENEDETTI, *La difesa del consumatore dal contratto: la natura ambigua dei recessi di pentimento*, in *Annuario del contratto*, 2012, p. 3ss. secondo il quale il diritto di recesso del consumatore dovrebbe essere configurato come un recesso legale e straordinario che – sebbene non possa essere elevato a fattispecie di portata autenticamente generale, perché previsto da un «diritto secondo» e connotato da tratti di specialità connaturati alla sua funzione di tutela del contraente debole e funzionali quindi ad ovviare alla situazione di «asimmetria» negoziale tra le parti derivante dalle modalità e circostanze che accompagnano la conclusione del contratto – integra e arricchisce il novero delle fattispecie estintive di un rapporto negoziale contemplate dal diritto comune. Cfr. LURGER, *op. cit.*, p. 55ss. Preme però precisare che, nella misura in cui si riferisce agli obblighi di concludere il contratto, l'art. 12 vale ad

Il fondamento teorico di tale diritto dovrebbe risiedere ancora una volta nella circostanza che il recesso rappresenta uno «strumento per reagire a fattori turbativi che risalgono al procedimento di formazione del contratto» e, per tale ragione, deve consentire al consumatore la liberazione da qualsiasi obbligo o impegno, a prescindere dalla circostanza che il vincolo derivi dalla conclusione di un contratto o dall'emissione di una dichiarazione negoziale.

Ciononostante, è d'uopo rilevare che la previsione del diritto di sciogliere il contratto (o di revocare la dichiarazione negoziale) non può certamente considerarsi una misura adeguata a tutelare il consumatore contro tutte le possibili insidie insite nella conclusione di un contratto a distanza o fuori dei locali commerciali.

Invero, l'applicazione dell'art. 12 dir. 2011/83/UE si rivela sufficiente a tutelare il consumatore – a prescindere dall'oggetto del contratto e dal luogo o dalle modalità con cui esso sia stato concluso – soltanto quando le parti non abbiano in alcun modo provveduto all'esecuzione delle prestazioni cui si erano obbligate al momento della stipula del negozio: in questi casi, l'esercizio del diritto di recesso incide sulla stessa rilevanza giuridica del contratto o della proposta negoziale, rendendo l'atto precedentemente compiuto *tamquam non esset*.

Viceversa, ove il contratto sia stato eseguito, numerose e rilevanti per la tutela del consumatore sono le conseguenze giuridiche ed economiche derivanti dall'esercizio del diritto di recesso: l'art. 12 stabilisce che il recesso del consumatore libera le parti dall'obbligo di dare esecuzione al contratto, non certo che l'esercizio di tale diritto libera le parti dall'obbligo di ripristinare lo *status quo ante* la stipulazione del contratto.

Ne consegue allora che l'esercizio del diritto di recesso ai sensi dell'art. 12 dir. 2011/83/UE per un verso libera il consumatore da qualsiasi vincolo giuridico precedentemente instaurato con il professionista, per un altro, lo obbliga a ripetere la prestazione eseguita dal professionista.

---

escludere qualsiasi forma di indennizzo o risarcimento per il semplice ritiro della dichiarazione negoziale.

Tale obbligo, che nella vendita si risolve tendenzialmente nella semplice restituzione del bene nei casi e secondo le modalità e i tempi stabiliti nell'art. 14 par. 1-2 dir. 2011/83/UE<sup>154</sup>, nei «contratti di servizi» – stante l'irripetibilità della prestazione di *facere* – si sostanzia nell'obbligo di “pagare adeguatamente” il professionista per la fornitura del servizio prestato<sup>155</sup>.

Sotto questo profilo è evidente che la tutela del consumatore perseguita dalla direttiva 2011/83/UE non è affidata tanto (o non solo) alla previsione di un diritto di recesso, bensì alla previsione di una specifica disciplina delle obbligazioni che sorgono in capo al consumatore in seguito all'esercizio del diritto di recesso<sup>156</sup>.

#### **7. Art. 14 par. 3: la *ratio* dell'obbligazione pecuniaria gravante sul consumatore.**

Nella “causa Pia Messner” la Corte di giustizia dell'UE ha negato al professionista il diritto di pretendere un indennizzo dal consumatore per l'uso del bene in pendenza del termine per recedere, affermando che la previsione di un'obbligazione pecuniaria connessa all'esercizio del diritto di recesso potrebbe privare «il consumatore della possibilità di fare uso del termine di riflessione [...] in piena libertà e senza alcuna pressione»<sup>157</sup>.

Queste stesse considerazioni erano con ogni probabilità a fondamento della previsione contenuta nell'art. 17 par. 2, 3<sup>a</sup> proposizione della Proposta di direttiva presentata dalla Commissione nel 2008, ove si stabiliva che «Per i contratti di servizio soggetti a un diritto di recesso il consumatore non sostiene alcun costo per

---

<sup>154</sup> Cfr. *considerando* n. 47 ove si afferma che i consumatori sono responsabili della diminuzione di valore del bene al momento della restituzione, se «esercitano il proprio diritto di recesso dopo aver utilizzato i beni oltre quanto necessario per stabilirne la natura, le caratteristiche e il funzionamento».

<sup>155</sup> Così *considerando* n. 50.

<sup>156</sup> Al riguardo v. B. LURGER, *op. cit.*, p. 56s. e p. 76.

<sup>157</sup> Sentenza della Corte del 3 settembre 2009, Pia Messner contro Firma Stefan Krüger, Causa C-489/07, *Raccolta della giurisprudenza*, 2009, p. I-07315. Vedi in particolare le argomentazioni ai punti 17ss.

i servizi forniti, in pieno o in parte, durante il periodo di recesso»<sup>158</sup>. Anche il Parlamento europeo aveva accolto tale orientamento, non presentando alcun emendamento al *considerando* n. 31 della Proposta di direttiva, ove si affermava che «Per garantire l'efficacia del diritto di recesso nei contratti di servizio, in particolare per i lavori di rinnovamento non urgenti per i quali i consumatori possano essere soggetti a metodi di vendita aggressivi nelle loro case seguiti da un'esecuzione immediata del servizio prima della scadenza del termine di recesso, nessun costo deve essere a carico dei consumatori»<sup>159</sup>.

Orbene, se questo orientamento fosse stato recepito nella versione definitiva della direttiva sui diritti dei consumatori, esso si sarebbe rivelato – da un punto di vista di politica del diritto – eccessivamente paternalistico.

Ciò, in primo luogo, dal momento che tali disposizioni avrebbero rischiato di pregiudicare oltremodo gli interessi economici dei professionisti, specularmene offrendo ai consumatori la possibilità di esercitare il diritto di recesso per fini meramente opportunistici, ovverosia al solo scopo di ottenere la fornitura di un servizio gratuito<sup>160</sup>.

In secondo luogo, perché la prescritta gratuità del servizio in pendenza del termine per recedere avrebbe con ogni probabilità rischiato di compromettere lo stesso (possibile) interesse del consumatore ad una celere esecuzione della prestazione: è verosimile, infatti, che il timore di un esercizio indiscriminato del diritto di recesso avrebbe avuto l'effetto di indurre i professionisti a procrastinare

---

<sup>158</sup> Al riguardo vedi: P. ROTT - E. TERRY, *The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2009, p. 456 ss.; H.W. MICKLITZ-N. REICH, *op. cit.*, 2009, p. 471ss.

<sup>159</sup> Cfr. *Emendamento* n. 12 del Progetto di relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori (COM(2008)0614 – C7-0349/2008 – 2008/0196(COD)) del 25 giugno 2010. Vedi però anche l'*emendamento* n. 113.

<sup>160</sup> Si pensi, ad esempio, alla conclusione di un contratto a distanza avente ad oggetto la fornitura di un servizio di telefonia: se al consumatore fosse assicurata la possibilità di telefonare gratuitamente in pendenza del termine per recedere, è ragionevole ritenere che l'esercizio del diritto di recesso nell'ultimo giorno utile per la fruizione del servizio diverrebbe una prassi generalizzata e comune tra i consumatori.

la fornitura del servizio oltre la scadenza del termine accordato al consumatore per sciogliere il contratto<sup>161</sup>.

Per tali ragioni, dunque, la versione definitiva della direttiva 2011/83/UE detta una disciplina degli effetti del diritto di recesso nei contratti per la prestazione di servizi certamente diretta a tutelare il consumatore nei contratti conclusi a distanza o fuori dei locali commerciali; tale tutela incontra però un limite fisiologico, consistente nell'esigenza di assicurare la tenuta di un sistema di giustizia commutativa nella prospettiva della costruzione e funzionamento del mercato unico europeo<sup>162</sup>.

#### **8. Art. 14 par. 3: l'obbligo del consumatore di pagare un «importo proporzionale» a quanto è stato fornito dal professionista.**

Il primo limite alla tutela del consumatore nei contratti per la prestazione di servizi è rinvenibile nella disposizione dell'art. 14 par. 3, 1<sup>a</sup> proposizione ai cui sensi se il consumatore rivolge al professionista una «richiesta in conformità dell'articolo 7, paragrafo 3, o dell'articolo 8, paragrafo 8» – *id est* richiede l'esecuzione della prestazione di servizi in pendenza del termine per recedere – «il consumatore versa al professionista un importo proporzionale a quanto è stato fornito fino al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell'esercizio del diritto di recesso, rispetto a tutte le prestazioni previste dal contratto».

Sotto questo profilo la disposizione parrebbe suggerire – almeno nella formulazione – la stessa soluzione adottata dalla previsione dell'art. 7 par. 1 dir. 2002/65/CE, in base alla quale l'esercizio del diritto di recesso successivo

---

<sup>161</sup> Cfr. le osservazioni formulate al punto 5.5 del Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori (2009/C 317/09).

<sup>162</sup> Circa l'applicazione del principio di giustizia commutativa nel diritto europeo dei contratti v.: C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in Pagliantini, *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino 2010, p. 141; A. SOMMA, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in materia di autonomia contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 289; Cfr. anche P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 336, ove si afferma che «la regolamentazione dell'autonomia negoziale diventa ad un tempo regolamentazione del mercato».

all'esecuzione della prestazione di servizi finanziari forniti a distanza determina l'insorgenza in capo al consumatore di un'obbligazione pecuniaria proporzionata alla prestazione di servizi eseguita dal professionista<sup>163</sup>.

È d'uopo sottolineare allora come quest'ultima disposizione abbia sollevato numerose perplessità in dottrina, in ragione del fatto che l'impiego del criterio di proporzionalità – in luogo di quello certamente più noto alla civilistica tradizionale «dell'importanza dell'adempimento» – si rivela essere eccessivamente vago e suscettibile di fornire al professionista una smisurata discrezionalità nella definizione dell'importo dovuto dal consumatore<sup>164</sup>.

In altre parole l'applicazione del principio di proporzionalità concretizzerebbe il rischio di obbligare il consumatore a pagare, dopo aver esercitato il diritto di recesso, un importo superiore al valore concreto del servizio effettivamente ricevuto.

Così potrebbe essere, ad esempio, ove il consumatore dovesse decidere di recedere da un contratto concluso *extra moenia* avente ad oggetto un corso di cucina: in questo caso, l'importo proporzionale dovuto dal consumatore dovrebbe essere calcolato non soltanto sulla base delle prestazioni ricevute, bensì anche sulla base dell'interesse che il consumatore aveva all'apprendimento delle ricette.

---

<sup>163</sup> Ai sensi dell'art. 7 par. 1 dir. 2002/65/CE: «Il consumatore che esercita il diritto di recesso conferitogli dall'articolo 6, paragrafo 1 può essere tenuto a pagare quanto prima solo l'importo del servizio finanziario effettivamente prestato dal fornitore conformemente al contratto a distanza. L'esecuzione del contratto può iniziare solo previo consenso del consumatore. Detto importo non può: eccedere un importo proporzionale all'importanza del servizio già fornito in rapporto a tutte le prestazioni previste dal contratto a distanza, e essere tale da poter costituire una penale». Per una critica a questa disposizione v. F. BRAVO, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, Milano 2002 p. 75s. Per una critica alla corrispondente disposizione d'attuazione nell'ordinamento italiano v. I SABBATELLI, *Sub art. 67 terdecies c.cons.*, in *Comm. De Cristofaro - Zaccaria*, Padova 2010, p. 581..

<sup>164</sup> Tali considerazioni sembrano fondarsi sulla considerazione che l'applicazione del principio di proporzionalità nel diritto dei contratti è funzionale a realizzare un rapporto di equivalenza tra i vantaggi che le parti traggono dalla conclusione del contratto (in questo senso v. G. OSTI, voce «Contratto», in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino 1959, p. 489; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo*, cit., p. 337 ove si afferma che il principio di proporzionalità ha una valenza autonoma, ma concorre – assieme a principi di portata autenticamente generale, quali la buona fede, il buon costume, l'ordine pubblico, l'equità, la meritevolezza degli interessi – ad una concezione solidaristica ed etica di contratto). Tale equivalenza non deve però essere valutata in via esclusiva sulla base del valore economico delle prestazioni, atteso che nel calcolo dei vantaggi tratti dalle parti dalla conclusione del contratto, potrebbe assumere rilevanza anche la soddisfazione di interessi non patrimoniali. Al riguardo v. F. MESSINEO, «Contratto (*dir. priv.*)», in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, p. 918; C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Milano 2000, p. 489.

Orbene, tale rischio non sembra ripresentarsi con la stessa evidenza nel contesto dell'art. 14 par. 3, atteso che l'obbligazione pecuniaria gravante in capo al consumatore a seguito dell'esecuzione della prestazione non dovrebbe trovare la sua giustificazione nel principio di proporzionalità, bensì nel principio di corrispettività.

Invero, ai fini dell'insorgenza dell'obbligo di pagamento rileva soltanto la circostanza che le parti abbiano voluto concludere ed eseguire un contratto caratterizzato da uno scambio in senso giuridico, in forza del quale l'interesse di una parte a ricevere una prestazione di servizi corrisponde all'interesse dell'altra a ricevere un corrispettivo<sup>165</sup>.

In ragione di ciò, l'«importo proporzionale a quanto è stato fornito» dal professionista si risolve nel «corrispettivo» dovuto per l'esecuzione della prestazione di servizi avvenuta durante il termine per recedere, analogamente a quanto prevede l'art. 2237 c.c., in forza del quale il cliente ha sì la possibilità di sciogliere il contratto, ma deve rimborsare al prestatore d'opera le spese sostenute e pagare il compenso per l'opera svolta<sup>166</sup>.

Ne consegue allora che la vera novità di cui è portatrice l'art. 14 par. 3 non risiede tanto nel fondamento dell'obbligazione pecuniaria gravante sul consumatore, quanto piuttosto nell'elaborazione di specifiche regole per la determinazione dell'importo dovuto.

---

<sup>165</sup> La considerazione del principio di corrispettività esclude allora qualsiasi indagine relativa alla equivalenza, proporzionalità e adeguatezza delle prestazioni. Così A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova 1963, p. 139ss.; G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Varese 1960, p. 61ss.

<sup>166</sup> Invero, la previsione dell'art. 2237 c.c. esclude la possibilità per il professionista di chiedere il risarcimento del lucro cessante. Al riguardo v. G. MUSOLINO, *Sub art. 2237 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano 2009, p. 547; L. RIVA - SANSEVERINO, *Sub art. 2237 c.c.*, in *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1963, p. 245, ove si afferma che la norma prescrive «l'obbligo per il cliente di rimborsare le spese sostenute dal prestatore, e anche di corrispondergli il compenso per l'opera svolta, mentre nessuna indennità è prevista, a differenza di quanto accade per il contratto d'opera, per il mancato guadagno». In giurisprudenza v. Cass. civ. 12 agosto 1989, n. 3707, in *Mass. Foro it.*, 1989 con la quale i giudici hanno affermato che in tema di professioni intellettuali, non è applicabile la disposizione di cui all'art. 1725 cod. civ. secondo cui in caso di revoca del mandato oneroso, il mandante è obbligato al risarcimento del danno nei confronti del mandatario. Conforme anche Cass. civ. 25 ottobre 1969, n. 3515, in *Mass. Foro it.*, 1969. Potrebbe semmai discutersi se, anche nei contratti del consumatore, sia applicabile il criterio dell'*arbitrium boni viri*, generalmente impiegato dalla dottrina e dalla giurisprudenza per la determinazione del compenso spettante al prestatore d'opera intellettuale. Circa la determinazione del *quantum* dell'obbligazione pecuniaria in capo al consumatore vedi *infra*.

Da questo punto di vista assumono rilevanza le disposizioni dell'art. L'art. 14 par. 3, 2<sup>a</sup> e 3<sup>a</sup> proposizione, dirette ad evitare che il professionista possa sfruttare la sua maggiore forza contrattuale ed esperienza professionale nel calcolo dell'«importo proporzionale» dovuto dal consumatore.

È vero infatti che il *quantum* dell'obbligazione pecuniaria gravante in capo al consumatore deve essere calcolato «sulla base del prezzo totale concordato nel contratto» (*id est* nel corrispettivo pattuito)<sup>167</sup>, ma è altresì vero, che i rischi (per la tutela del consumatore) insiti in tale previsione dovrebbero essere evitati argomentando sulla base di due indici normativi.

In primo luogo, dall'art. 6 par. 1 lett. e), in forza del quale, sin dalla fase che precede la conclusione del contratto, il professionista deve informare il consumatore in merito al «prezzo totale» o alle «modalità di calcolo del prezzo» e di «ogni altro costo» dei servizi<sup>168</sup>. Ne consegue che è da escludere la possibilità per il professionista di utilizzare come base di calcolo dell'«importo proporzionale» un «prezzo totale» comprensivo di voci di spesa superiori, sopravvenute o ulteriori rispetto a quelle indicate in modo specifico al consumatore nella fase delle trattative<sup>169</sup>.

In secondo luogo, dall'art. 14 par. 3, 3<sup>a</sup> proposizione, in forza del quale, se la base di calcolo del corrispettivo è eccessiva, il *quantum* dell'obbligazione pecuniaria gravante sul consumatore deve essere «calcolato sulla base del valore di mercato di quanto è stato fornito». Tale disposizione rappresenta un limite all'autonomia negoziale delle parti di determinare il contenuto del contratto e, segnatamente, l'importo dovuto dal consumatore per la prestazione di servizi eseguita dal professionista.

In altre parole, il Legislatore esclude non soltanto qualsiasi pretesa a titolo di risarcimento del danno – sia esso configurato nei termini di una clausola penale o di una multa penitenziale – ma anche la stessa possibilità di imporre al

---

<sup>167</sup> Così art. 14 par. 3, 2<sup>a</sup> proposizione.

<sup>168</sup> Vedi però quanto detto *supra* circa la portata precettiva di questa disposizione.

<sup>169</sup> Qualora la misura del «prezzo totale» sia artatamente «gonfiata» dal professionista al momento dello scioglimento del contratto, tale comportamento dovrebbe rappresentare un ostacolo all'esercizio del diritto di recesso e integrare, per tale ragione, gli estremi di una pratica commerciale aggressiva ai sensi dell'art. 25 lett. d).

consumatore un corrispettivo superiore al valore oggettivo del servizio fornito dal professionista<sup>170</sup>. In ragione di ciò, qualora il consumatore ritenga siano stati violati i parametri indicati dall'art. 14 par. 3, può senz'altro agire in giudizio per dimostrare che il «prezzo totale» non presenta alcuna relazione con la prestazione di servizi eseguita dal professionista ovvero che esso non corrisponde al valore di mercato di un servizio delle stesse caratteristiche e qualità, prestato da altri professionisti alla data di conclusione del contratto.

Se e in che misura tale disposizione sia idonea a tutelare in maniera effettiva il consumatore sembra però difficile da prevedere: sebbene la norma consenta di rimettere in discussione l'equilibrio economico del contratto, mediante la semplice dimostrazione che il corrispettivo preteso dal professionista è eccessivo rispetto al valore di mercato del servizio fornito, essa non prevede alcun meccanismo che obblighi il professionista ad avvisare il consumatore circa la possibilità di esperire una siffatta azione.

## **9. Art. 16 lett. a): l'estinzione del diritto di recesso.**

Ulteriore conseguenza del bilanciamento tra le istanze di tutela del consumatore e le istanze di tutela del mercato nella disciplina degli effetti del diritto di recesso nei contratti di servizi è la disposizione contenuta nell'art. 16 lett. a) dir. 2011/83/UE, ai cui sensi «gli Stati membri non prevedono il diritto di recesso [...] relativamente a: a) i contratti di servizi dopo la piena prestazione del servizio se l'esecuzione è iniziata con l'accordo espresso del consumatore e con l'accettazione del fatto che perderà il diritto di recesso a seguito della piena esecuzione del contratto da parte del professionista».

Tanto la collocazione sistematica<sup>171</sup> della disposizione quanto la formulazione del precetto in essa contenuto potrebbero essere fuorvianti<sup>172</sup>: a

---

<sup>170</sup> Qualora, poi, il valore della prestazione eseguita dal professionista sia addirittura inferiore rispetto a quello “di mercato”, allora dovrebbe essere riconosciuta la possibilità al consumatore di agire in forza della disciplina generale dell'inadempimento dettata nel Titolo I, Libro IV del codice civile.

<sup>171</sup> L'art. 16 dovrebbe contemplare soltanto le «eccezioni al diritto di recesso».

prima vista, infatti, si sarebbe indotti a ritenere che l'art. 16 lett. a) contempra una mera «eccezione al diritto di recesso» ovvero una fattispecie negoziale nella quale la direttiva 2011/83/UE esclude *ab initio* l'insorgenza del diritto di recesso, nonostante il contratto sia stato concluso a distanza o fuori dei locali commerciali<sup>173</sup>.

Contrariamente a ciò, invece, la portata precettiva dell'art. 16 lett. a) dovrebbe considerarsi perfettamente conforme alle disposizioni di cui all'art. 12 e all'art. 14 par. 3, nel senso che il consumatore può sciogliere il vincolo negoziale, soltanto se e nella misura in cui sia ancora pendente l'esecuzione della prestazione di servizi, dovendosi invece negare tale possibilità allorché il professionista abbia pienamente adempiuto la sua obbligazione: l'art. 16 lett. a) contempla cioè un'ipotesi di «estinzione del diritto» di recesso «dopo la piena prestazione del servizio».

Da ciò derivano una serie di corollari di straordinaria rilevanza sotto il profilo della disciplina applicabile.

In primo luogo, l'art. 16 lett. a) presuppone l'insorgenza in capo al consumatore del diritto di recesso ai sensi dell'art. 9 al momento della conclusione del contratto a distanza o fuori dei locali commerciali; sarebbe dunque sbagliato ritenere che nella fase delle trattative il professionista sia tenuto ad informare il consumatore soltanto ai sensi dell'art. 6 par. 1 lett. k)<sup>174</sup>, essendo egli senz'altro obbligato a fornire tutte le informazioni prescritte dall'art. 6 par. 1 lett. h) e j).

In secondo luogo, la facoltà del consumatore di recedere dal contratto si estingue soltanto se ricorrono tutti i presupposti indicati nell'art. 16 lett. a).

Il primo presupposto è rappresentato dalla circostanza che il professionista dia esecuzione al contratto non sulla base di una richiesta ai sensi dell'art. 7 par. 3 o dell'art. 8 par. 8, bensì «con l'accordo espresso del consumatore».

---

<sup>172</sup> Cfr. le varie versioni linguistiche della direttiva: «gli Stati membri non prevedono», *Member States shall not provide*, *die Mitgliedstaaten sehen kein Widerrufsrecht vor*, *Les États membres ne prévoient pas*.

<sup>173</sup> Tali esclusioni si fondano su motivi non riconducibili ad una medesima ed unica *ratio*.

<sup>174</sup> Così B. LURGER, *op. cit.*, 81, secondo la quale, oltretutto, «*Wird diese Information nicht erteilt, so hat dies auf die Nicht-Existenz des Widerrufsrechts keinen Einfluss*». Circa i rapporti tra l'art. 16 lett. a) e l'art. 6 par. 1 lett. k) vedi quanto si dirà *infra*.

Per quale ragione il legislatore abbia impiegato una formula diversa nell'art. 14 par. 3 e nell'art. 16 lett. a), per indicare che l'esecuzione della prestazione di servizi presuppone una manifestazione di volontà in tal senso del consumatore, rimane incomprensibile. Il fatto che l'accordo debba essere *espresso*, sembra però sufficiente ad escludere che esso possa considerarsi raggiunto sulla base di *facta concludentia* ovvero sulla base di un consenso prestato dal consumatore nelle condizioni generali di contratto<sup>175</sup>.

Il secondo presupposto, cui è subordinata l'estinzione del diritto di recesso, è rappresentato dalla circostanza che il consumatore abbia “accettato la perdita del diritto di recesso”: a tal proposito non è però necessaria la formulazione di una dichiarazione di accettazione da parte del consumatore, essendo sufficiente – come confermano le altre versioni della direttiva (*with the acknowledgement, dessen Kenntnisnahme, lequél a également reconnu*) – che il consumatore sia consapevole della circostanza che la completa esecuzione del contratto determinerà l'estinzione del diritto di recesso. Quando e come il consumatore possa considerarsi consapevole della sua posizione giuridica, ancora una volta non è specificato dall'art. 16 lett. a)<sup>176</sup>. Atteso il silenzio del Legislatore sul punto, sembrerebbe doversene dedurre che il presupposto dell'«accettazione» (*id est* la presa d'atto) dell'estinzione del diritto di recesso può considerarsi soddisfatto soltanto se nella fase prenegoziale il professionista ha adempiuto l'obbligo informativo di cui all'art. 6 par. 1 lett. k), ovvero sia soltanto se il professionista ha informato il consumatore della circostanza che la completa esecuzione della prestazione di servizio in pendenza del termine per recedere determina la *perdita* del diritto di recesso<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> Entrambi questi problemi non si sarebbero posti all'attenzione degli interpreti se il legislatore avesse riprodotto una formula analoga a quella impiegata nel contesto del § 312d Abs. 4 *BGB*, ove si prescrive che l'esecuzione della prestazione di servizi possa iniziare soltanto *auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers*. Al riguardo v. G. THÜSING, Sub § 312d *BGB*, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin 2013, Rn. 38ss.

<sup>176</sup> Né in alcuna disposizione della direttiva: al riguardo vedi art. 6 par. 4 e le indicazioni contenute al punto n. 6 dell'Allegato I, Parte A.

<sup>177</sup> Circa l'importanza di questa informazione v. G. THÜSING, Sub § 312d *BGB*, *op. cit.*, Rn. 39, ove è riportata sia la giurisprudenza secondo la quale l'informazione del consumatore sull'estinzione del diritto di recesso «*sei systematische Voraussetzung, da anderenfalls das Widerrufsrecht gar nicht erst entstehen und folglich nicht erlöschen könne*», sia ancora la

Terzo e ultimo presupposto è infine rappresentato dalla «piena esecuzione del contratto da parte del professionista»: Ne consegue che, diversamente da quanto prevedeva l'art. 6 par. 3 dir. 97/7/CE<sup>178</sup>, l'estinzione del diritto di recesso si verificherà soltanto se e nel momento in cui il professionista, e solo costui, avrà effettivamente iniziato e completato l'esecuzione della prestazione di servizi entro il termine di cui all'art. 9 par. 2 dir. 2011/83/UE<sup>179</sup>: pertanto, se la fornitura del servizio non è istantanea o si protrae fino od oltre la scadenza del quattordicesimo giorno successivo alla conclusione del contratto – ovvero difetti uno qualsiasi dei presupposti qui individuati – il consumatore avrà certamente la possibilità di sciogliere unilateralmente il vincolo negoziale.

Tuttavia sembra opportuno sottolineare che gli effetti del diritto di recesso variano a seconda del presupposto che sia stato violato.

In particolare, ove non sussistano gli ultimi due presupposti – consistenti nella consapevolezza del consumatore in merito alla perdita del diritto di recesso e nella piena esecuzione della prestazione di servizi in pendenza del termine per recedere – dovrebbe trovare applicazione l'art. 14 par. 3, con la conseguente insorgenza dell'obbligo in capo al consumatore di “pagare adeguatamente” il professionista per il servizio fornito fino al momento dello scioglimento del contratto<sup>180</sup>.

---

giurisprudenza secondo la quale la violazione di tale obbligo informativo non è rilevante ai fini dell'estinzione del diritto di recesso, salva la possibilità per il consumatore di agire per il risarcimento del danno *ex* § 280 *BGB*.

<sup>178</sup> Ove si collegava l'estinzione del diritto di recesso alla condizione che la fornitura del servizio fosse soltanto «iniziata, con l'accordo del consumatore, prima della scadenza del termine di sette giorni lavorativi, previsto al paragrafo 1». Come ampiamente ripostato *supra*, la disposizione europea era stata attuata nell'ordinamento italiano senza sostanziali modifiche nell'art. 55 co. 2 lett. a) c.cons.

<sup>179</sup> In ragione di ciò, l'attuazione dell'art. 16 lett. a) nell'ordinamento tedesco dovrà necessariamente condurre ad una modifica del § 312d Abs. 3 *BGB*, ove si prevede che «*Das Widerrufsrecht erlischt bei einer Dienstleistung auch dann, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt ist, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat*». Al riguardo v. A. SCHWAB-A. GIESEMANN, *Die Verbraucherrechte-Richtlinie: Ein wichtiger Schritt zur Vollharmonisierung im Binnenmarkt*, in *EuZW* 2012, p. 255.

<sup>180</sup> In questo senso sembra esprimersi anche B. LURGER, *op. cit.*, p. 82, ove si afferma che «*Wenn nur einer dieser Voraussetzungen nicht erfüllt ist (zB der Verbraucher wurde über den Verlust des Widerrufsrechts nicht informiert oder die Dienstleistung wurde nicht vollständig erbracht) [...], dann steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zu*». Dovrebbe essere fatta salva però la possibilità per il consumatore di far valere la responsabilità precontrattuale del professionista per aver violato l'obbligo di informazione di cui all'art. 6 par. 1 lett. k).

Ove invece sia stato violato il primo presupposto – consistente nell'accordo del consumatore in merito all'esecuzione della prestazione – così come nell'ipotesi in cui il professionista abbia omesso di fornire al consumatore le informazioni di cui all'art. 6 par. 1 lett. *h*) e *j*) nella fase delle trattative, l'esercizio del diritto di recesso dovrebbe produrre gli effetti previsti nell'art. 14 par. 4 lett. *a*).

**10. La disciplina degli effetti del diritto di recesso dettata nell'14 par. 4 lett. *a*): i presupposti per l'insorgenza dell'obbligazione pecuniaria in capo al consumatore.**

Dopo aver esaustivamente analizzato le disposizioni che stabiliscono il *quantum* dell'obbligazione pecuniaria sembra opportuno prendere in considerazione le ipotesi in cui il consumatore è esonerato dall'obbligo di pagare adeguatamente il professionista per l'esecuzione della prestazione di servizi avvenuta durante la pendenza del termine per recedere.

L'art. 14 par. 4 lett. *a*) stabilisce, infatti, che il consumatore non deve sostenere «alcun costo», nonostante l'avvenuta ricezione e godimento di una prestazione di servizi quando *i*) «il professionista ha omesso di fornire le informazioni in conformità dell'art. 6 par. 1 lett. *h*) e *j*)» oppure *ii*) quando «il consumatore non ha espressamente chiesto che la prestazione iniziasse durante il periodo di recesso in conformità dell'articolo 7, paragrafo 3, e dell'articolo 8, paragrafo 8»

Nonostante la formulazione (dal tipico tenore sanzionatorio)<sup>181</sup> possa indurre a ritenere che l'art. 14 par. 4 lett. *a*) individui specifiche e tra di loro diverse fattispecie per l'esclusione dell'obbligo del consumatore di versare un corrispettivo per l'esecuzione della prestazione di servizi, le disposizioni in esso contenute sono in realtà espressione di un medesimo principio: quello per cui l'esercizio del diritto di recesso può determinare l'insorgenza in capo al consumatore di un'obbligazione pecuniaria soltanto se e nella misura in cui il consumatore stesso sia stato correttamente informato in merito all'esistenza del

---

<sup>181</sup> Circa il carattere sanzionatorio della disposizione cfr. *infra*.

diritto di recesso e all'importo dovuto in caso di esercizio di tale diritto dopo l'esecuzione della prestazione di servizi e, ciononostante, abbia manifestato la chiara volontà di voler ottenere la fornitura del servizio in pendenza del termine per recedere<sup>182</sup>.

In ragione di ciò, sembra si possa affermare che le disposizioni dettate nell'art. 14 par. 4 lett. *a*), più che delle specifiche ipotesi di sanzione, individuano i presupposti tassativi e inderogabili, alla cui contestuale e cumulativa sussistenza è subordinata l'insorgenza in capo al consumatore di qualsiasi obbligo di pagamento in seguito all'esercizio del diritto di recesso.

### **10.1. Il primo presupposto: l'adempimento dell'obbligo di informazione di cui all'art. 6 par. 1 lett. *h*) e *j*).**

Il primo presupposto, alla cui sussistenza l'art. 14 par. 4 lett. *a*) subordina l'insorgenza di un'obbligazione pecuniaria in capo al consumatore, è strettamente connesso all'adempimento dell'obbligo di informazione sancito nell'art. 6 par. 1. Ai sensi dell'art. 14 par. 4 lett. *a*), *i*) il consumatore è esonerato dall'obbligo di sostenere i "costi" connessi all'esecuzione della prestazione di servizi, non a fronte dell'inadempimento di qualsiasi obbligo di informazione previsto dall'art. 6 par. 1 dir. 2011/83/UE, bensì solo ed esclusivamente ove il professionista non abbia fornito le specifiche informazioni in merito all'esistenza, condizioni, termini e modalità di esercizio del diritto di recesso (art. 6 par. 1 lett. *h*)), nonché in merito alla circostanza che l'esercizio del diritto di recesso successivo alla richiesta di eseguire la prestazione di servizio in pendenza del termine per recedere, determina l'insorgere di un'obbligazione pecuniaria ai sensi dell'art. 14 par. 3 (art. 6 par. 1 lett. *j*)). Ne consegue che l'eventuale violazione di un obbligo informativo diverso rispetto a quello risultante dall'art. 6 par. 1 lett. *h*) e *j*) – *in primis* l'obbligo sancito nell'art. 6 par. 1 lett. *a*) di informare il consumatore in merito alle *caratteristiche*

---

<sup>182</sup> In tal modo, infatti, si dovrebbe evitare il rischio che l'esecuzione della prestazione di servizi determini, all'insaputa del consumatore o addirittura contro la sua volontà, l'insorgere di un'obbligazione pecuniaria di cui egli non conosce l'importo o del cui adempimento egli non intendeva certamente assumersi l'onere.

*principali* del servizio – potrà essere fatta valere dal consumatore a fini compensativi, soltanto se e nella misura in cui la legislazione nazionale di riferimento consenta di qualificare tale inadempimento come suscettibile di integrare una fattispecie di responsabilità civile<sup>183</sup>.

Lo stesso dovrebbe dirsi allora anche nell'ipotesi in cui il professionista violi l'obbligo informativo sancito nell'art. 6 par. 1 lett. e), con la conseguenza che il consumatore sarebbe tenuto a pagare il servizio *ex art.* 14 par. 3, anche se non conosce i criteri sulla base dei quali sarà calcolato l'«importo proporzionale» alle prestazioni eseguite in pendenza del termine per recedere<sup>184</sup>.

Per evitare ciò, si renderebbe necessario procedere ad un'interpretazione sistematica delle disposizioni della direttiva, in base alla quale, il rinvio compiuto dall'art. 14 par. 4 lett. i) si riferisce non solo alla disposizione contenuta nell'art. 6 par. 1 lett. j), bensì anche a tutte le disposizioni da questa richiamate.

Atteso allora che l'art. 6 par. 1 lett. j) si riferisce al pagamento di «costi ragionevoli» ai sensi dell'art. 14 par. 3, ma che il consumatore in tanto può rendersi conto del *quantum* di tali costi, in quanto sia stato adempiuto l'obbligo di informazione previsto dall'art. 6 par. 1 lett. e), dovrebbe potersi concludere che nessuna obbligazione pecuniaria sorga in capo al consumatore, ove sia stata violata l'informazione di cui all'art. 6 par. 1 lett. e).

Ciò posto, è da considerare che l'art. 14 par. 4 lett. a) non prescrive l'osservanza di particolari requisiti formali né stabilisce il tempo dell'adempimento dell'obbligo informativo in merito agli effetti del diritto di

---

<sup>183</sup> Tale responsabilità dovrebbe essere disciplinata solo ed esclusivamente dalla legislazione nazionale, atteso che, non essendo contemplata dalla direttiva 2011/83/UE, essa dovrebbe rientrare tra quegli istituti di «diritto contrattuale nazionale generale», per la cui disciplina l'art. 3 par. 5 dir. 2011/83/UE espressamente rinvia agli Stati membri. Per il diritto italiano sembrerebbe potersi profilare un'ipotesi di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale *ex art.* 1337 c.c.. Per l'applicazione giurisprudenziale di questa norma in ipotesi di violazione dell'obbligo di informazione nei contratti del consumatore cfr. T. Udine, 9 settembre 2011, in *Dir. trasporti*, 2012, p. 519; T. Bergamo, 22 aprile 2008; Cass. civ., sez. III, 5 maggio 2011, n. 9916, in *Foro it.*, 2012, I, 2506; Giudice di pace Civitanova Marche, 26 marzo 2003, in *Arch. civ.*, 2003, p. 781. Per il diritto tedesco, invece, si potrebbe configurare un *Schadensersatz wegen Pflichtverletzung ex § 280 BGB*. Per l'applicazione giurisprudenziale di questa norma in ipotesi di violazione dell'obbligo di informazione nei contratti del consumatore v. BGH, 16 marzo 2006 - III ZR 152/05, in *NJW* 2006, p. 1971.

<sup>184</sup> Vedi quanto detto *supra* in relazione all'obbligo informativo sancito nell'art. 6 par. 1 lett. e).

recesso: ne consegue che saranno certamente applicabili sia le disposizioni dell'art. 6 par. 4, (che autorizzano, ma non impongono, al professionista di utilizzare il modulo di recesso tipo di cui all'allegato I, Parte A)<sup>185</sup> sia le disposizioni dell'art. 6 pa. 1, ai cui sensi il professionista deve adempiere l'obbligo informativo prima che il consumatore sia vincolato dal contratto o dalla proposta<sup>186</sup>..

Dubbi invece sussistano circa la disciplina applicabile nelle ipotesi in cui il professionista abbia violato l'obbligo d'informazione, ma il consumatore sia comunque venuto a conoscenza – in proprio o tramite terzi – della possibilità di esercitare il diritto di recesso.

In siffatte ipotesi potrebbe sostenersi che il consumatore – avendo una perfetta conoscenza della sua posizione giuridica nei confronti del professionista – non dovrebbe esercitare il diritto di recesso in modo contrario ai dettami della buona fede, ad esempio manifestando la volontà di sciogliere il contratto dopo aver ricevuto la fornitura del servizio.

Queste conclusioni – condivise anche dalla Corte di giustizia dell'UE nella sentenza sul caso Messner<sup>187</sup> – sembrano essere smentite sulla base di due ordini di argomentazioni.

Per un verso assume rilievo il tenore tipicamente sanzionatorio dell'art. 14 par. 4 lett. a), ai cui sensi l'esclusione di qualsiasi obbligazione pecuniaria in capo al consumatore rappresenta la conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dell'obbligo d'informazione da parte del professionista; costui è arbitro del suo destino, potendo liberamente scegliere se soddisfare o non i presupposti richiesti dall'art. 16 par. 4 lett. a) per l'insorgenza dell'obbligazione pecuniaria in capo al consumatore: qualora non lo faccia, non sarebbe allora

---

<sup>185</sup> È però verosimile che l'impiego di tale modulo diventi una prassi nei contratti del consumatore, atteso che l'art. 6 par. 9 fa gravare sul professionista l'onere della prova del corretto adempimento dell'obbligo di informazione..Circa la rilevanza dell'art. 6 par. 9 dir. 2011/83/UE v. *supra*.

<sup>186</sup> Cfr. § 312e co. 2 Nr. 1 *BGB* ove invece espressamente si prevede che il professionista deve fornire al consumatore le informazioni in merito alle conseguenze giuridiche ed economiche dell'esercizio del diritto di recesso nei contratti per la prestazione di servizi «vor Abgabe seiner *Vertragserklärung*», ovvero prima dell'emissione della dichiarazione negoziale del consumatore. Circa l'applicabilità di questa regola, v. G. THÜSING, Sub § 312e *BGB*, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin 2013, Rn. 35.

<sup>187</sup> Vedi in particolare i punti 25ss. della Sentenza della Corte, 3 settembre 2009, Pia Messner contro Firma Stefan Krüger, cit.

revocabile in dubbio l'addebito di tutte le conseguenze negative del suo comportamento illecito e, segnatamente, anche la conseguenza consistente nella perdita di qualsiasi pretesa pecuniaria contro il consumatore per la fornitura del servizio<sup>188</sup>. Una diversa conclusione, che legittimi il professionista ad agire in via risarcitoria o indennitaria, si rivelerebbe contraria al principio *nemo potest contra factum proprium venire*.

Per un altro verso, perché l'art. 14 par. 5 dir. 2011/83/UE espressamente stabilisce che «fatto salvo quanto previsto nell'articolo 13, paragrafo 2, e nel presente articolo, l'esercizio del diritto di recesso non comporta alcuna responsabilità per il consumatore». Da tale disposizione sembrerebbero allora emergere gli argomenti decisivi per escludere la legittimità di qualsiasi pretesa del professionista a titolo di risarcimento o indennizzo che non sia espressamente prevista e disciplinata dalla direttiva e, segnatamente, anche la pretesa di un risarcimento derivante da un esercizio “abusivo” e speculativo del diritto di recesso.

## **10.2. Il secondo presupposto: la richiesta di procedere all'esecuzione della prestazione di servizi in pendenza del termine per recedere.**

Il secondo presupposto, cui è subordinata l'insorgenza di un obbligazione pecuniaria in capo al consumatore a seguito dell'esercizio del diritto di recesso, è rappresentato dalla «richiesta esplicita» del consumatore di iniziare l'esecuzione della prestazione di servizio in pendenza del termine per recedere (art. 14 par. 4 lett. a), ii)).

La precisazione che la richiesta deve essere “esplicita” parrebbe essere idonea a dissipare qualsiasi dubbio in merito all'inammissibilità di un consenso

---

<sup>188</sup> È questa la conclusione cui giunge la dottrina tedesca in relazione alla disposizione dettata nel § 312e co. 2 Nr. 1 BGB. Al riguardo v. ancora G. Thüsing, §312d BGB, cit., Rn. 36, ove opportunamente si sottolinea come la conoscenza *aliunde* del consumatore in merito alle conseguenze del diritto di recesso rileva soltanto nello specifico contesto di quelle disposizioni relative a contratti aventi ad oggetto beni. In relazione alla direttiva 2011/83/UE v. invece quanto afferma B. LURGER, *op. cit.*, p. 82s., secondo la quale nel caso di specie si potrebbe discorrere addirittura «*von einer Sanktion mit Strafcharakter*».

prestato per *facta concludentia* ovvero come mera accettazione di una clausola inserita in moduli o formulari unilateralmente predisposti dal professionista<sup>189</sup>.

Sebbene siffatta richiesta abbia sempre identico contenuto e il medesimo valore giuridico negoziale, le modalità mediante le quali essa deve essere inoltrata al professionista sono sensibilmente diverse a seconda che il contratto sia concluso fuori dei locali commerciali ovvero mediante tecniche di comunicazione a distanza<sup>190</sup>.

Con specifico riferimento ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali, l'art. 7 par. 3 dir. 2011/83/UE prescrive che la richiesta del consumatore debba essere, oltre che esplicita, anche contenuta in un «supporto durevole», ovvero sia che essa debba essere formulata dal consumatore avvalendosi di qualsiasi strumento – ad es. un documento cartaceo, CD-ROM o DVD – che consenta al professionista di conservare e riprodurre le informazioni in esso contenute<sup>191</sup>.

Nei contratti conclusi a distanza, invece, l'art. 8 par. 8 si limita semplicemente a prevedere che «il professionista esige esplicita richiesta», rimettendo in tal modo al professionista la possibilità di scegliere secondo quali modalità e formalità il consumatore debba manifestare la volontà di dare esecuzione al contratto in pendenza del termine per recedere.

Non sono del tutto chiare le ragioni per le quali il Legislatore europeo ha ritenuto opportuno introdurre una tale differenza disciplinare tra contratti conclusi a distanza e fuori dei locali commerciali<sup>192</sup>.

A prima vista si sarebbe portati a ritenere che tale differenza si fondi sulla distanza fisica tra le parti, ovvero sia sulla circostanza che gli strumenti da esse impiegati per giungere alla conclusione del contratto – si pensi al telefono – non si

<sup>189</sup> In tal senso v. G. Thüsing, Sub § 312d BGB, *op. cit.*, Rn. 36.

<sup>190</sup> Circa il valore giuridico della dichiarazione del consumatore v. C. WENDEHORST, Sub §312d BGB, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München 2012, Rn 53; G. THÜSING, Sub § 312d BGB, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin 2013, Rn. 39, ove si afferma che essa consisterebbe in una *geschäftähnliche Handlung*, ovvero sia in un atto giuridico in senso stretto.

<sup>191</sup> Cfr. la definizione di supporto durevole contenuta nell'art. 2 n. 11) e le indicazioni fornite dal *considerando* n. 23 dir. 2011/83/UE.

<sup>192</sup> Al riguardo nemmeno i *considerando* della direttiva offrono delle indicazioni utili a capirne le ragioni. Vedi in particolare il *considerando* n. 50 ove il Legislatore si limita a ripetere che «il consumatore dovrebbe chiedere la prestazione dei servizi prima della fine del periodo di recesso facendone esplicita richiesta e, nel caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, su un supporto durevole».

prestano o comunque rendono poco agevole la trasmissione di una esplicita richiesta di esecuzione della prestazione di servizi su un supporto duraturo.

Si sarebbe portati a ritenere, in sostanza, che tale differenza è giustificata da esigenze di celerità dei traffici commerciali.

Tuttavia, anche aderendo a questa possibile giustificazione – e dimenticando per un momento che la conclusione di un contratto a distanza ben può avvenire tramite posta elettronica certificata, fax o altri strumenti che consentono al professionista di conservare e riprodurre la richiesta rivoltagli dal consumatore – non si comprende la ragione per cui il Legislatore ha escluso, nell'art. 8 par. 8, l'impiego di un supporto durevole per la trasmissione della richiesta di eseguire la prestazione in pendenza del termine per recedere, ma ha poi previsto, nell'art. 8 par. 7, l'onere per il professionista di fornire al consumatore «la conferma del contratto concluso su un mezzo durevole, entro un termine ragionevole dopo la conclusione del contratto a distanza e al più tardi [...] prima che l'esecuzione del servizio abbia inizio».

Ciò si rivela ancor più incomprensibile se si considera che ai sensi dell'art. 8 par. 7 lett. *b*), soltanto nei contratti relativi a un contenuto digitale, la conferma del contratto a distanza deve contenere oltre a tutte le informazioni di cui all'articolo 6, paragrafo 1, anche «la conferma del previo consenso espresso e dell'accettazione del consumatore conformemente all'articolo 16, lettera *m*)», ovvero sia la richiesta di ottenere la fornitura di un *contenuto digitale* su un supporto non materiale in pendenza del termine per recedere.

Sembra allora opportuno notare come la differenza disciplinare tra i modi di manifestazione della volontà di dare esecuzione al contratto previsti dal Legislatore nell'art. 7 par. 3 e nell'art. 8 par. 8 – oltre ad essere assolutamente priva di fondamento teorico – potrebbe essere anche causa di possibili violazioni della tutela del consumatore nei contratti conclusi a distanza.

Dal punto di vista pratico, infatti, la norma di cui all'art. 8 par. 8 autorizza il professionista ad «esigere» che la “richiesta esplicita” del consumatore avvenga soltanto oralmente, magari come mera asserzione nel contesto di un contratto stipulato telefonicamente.

In tal caso il professionista, dopo essersi assicurato il consenso del consumatore all'esecuzione immediata della prestazione non sarà nemmeno tenuto a riportare tale consenso tra le informazioni che egli è tenuto a fornire su un supposto durevole prima dell'esecuzione della prestazione di servizi, atteso che un siffatto obbligo è specificamente circoscritto dall'art. 8 par. 8 lett. *b*) ai soli contratti aventi ad oggetto un contenuto digitale.

In ragione di ciò, si rende ancora una volta necessario sollecitare gli Stati membri, affinché integrino le disposizioni europee al momento della loro traduzione in precetti di diritto interno.

L'aggiunta necessaria consisterebbe nell'estendere la previsione di cui all'art. 8 par. 8 lett. *b*) ai contratti per la prestazione di servizi.

Tale misura dovrebbe infatti essere conforme al livello di armonizzazione perseguito dalla direttiva, atteso che essa si presta ad essere qualificata come un «obbligo di informazione aggiuntivo» ai sensi dell'art. 6 par. 8, e trova il suo fondamento nel principio di buona fede nell'esecuzione del contratto; in ragione di ciò – riguardando cioè la fase successiva alla conclusione del contratto – tale informazione non integrerebbe gli estremi del divieto rivolto agli Stati membri dall'art. 8 par. 10 di introdurre «ulteriori requisiti formali di informazione precontrattuale» per l'adempimento degli obblighi di informazione sanciti nella direttiva.





Università degli studi di Verona

DOKTORARBEIT  
IM EUROPÄISCHEN PRIVATRECHT DER  
VERMÖGENSBEZIEHUNGEN  
IN ZUSAMMENARBEIT MIT DER UNIVERSITÄT  
REGENSBURG

KOORDINATOR: Prof. Dr. Tommaso dalla Massara

*IUS POENITENDI* UND VERBRAUCHERSCHUTZ BEI  
HAUSTÜRGESCHÄFTEN UND  
FERNABSATZVERTRÄGEN ÜBER EINE  
DIENSTLEISTUNG

S.S.D. IUS/01

**Tutores**

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Dieter Henrich

Prof. Dr. Giovanni De Cristofaro

**Doktorand**

Dott. Vittorio Cardano

2009/2012

## GLIEDERUNG

I EINLEITUNG .....	249
II DIE DEFINITION VON VERBRAUCHERVERTRÄGEN ÜBER EINE DIENSTLEISTUNG.....	251
1. Italienisches Recht .....	251
2. Deutsches Recht.....	252
III. DIE AUSGESTALTUNG VON WIDERRUFSRECHT .....	254
1. Italienisches Recht .....	254
2. Deutsches Recht.....	256
IV. RÜCKABWICKLUNGSREGIME BEI HAUSTÜRGESCHÄFTEN.....	259
1. Italienisches Recht .....	259
2. Deutsches Recht.....	260
V. DIE VERBRAUCHERRECHTERICHTLINIE.....	264
1. Definition des Dienstleistungsvertrags .....	265
2. Die Ausgestaltung des Widerrufsrechts .....	267
3. Rückabwicklungsregime.....	268

## I EINLEITUNG

Das Thema meiner Doktorarbeit betrifft das Widerrufsrecht bei Verbraucherdienstverträgen, und zwar bei Verträgen, die in einer Haustürsituation oder durch Fernkommunikationsmittel geschlossen werden.

Dieses Thema ist unter mehreren Gesichtspunkten relevant.

Erstens, weil am 25. Oktober 2011 der europäische Gesetzgeber die Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher erlassen hat, welche die Haustürgeschäfts- und die Fernabsatzrichtlinie aufgehoben hat und die beiden genannten Richtlinien durch eine einzige Richtlinie ersetzt hat.

Zweitens, weil die Überprüfung der Haustürgeschäfts- und der Fernabsatzrichtlinie zu dem Ergebnis geführt hat, dass es sinnvoll ist, wesentliche Neuregelungen genau im Bezug auf das Widerrufsrecht bei Verträgen über Dienstleistungen zu bringen.

Drittens, weil die italienische Rechtslehre es immer noch vorzieht, über andere Themen zu forschen als das Widerrufsrecht bei Verbraucherdienstverträgen.

Man könnte sagen – um Prof. Klaus Tonner zu paraphrasieren<sup>1</sup> - während sich der überwiegende Teil der italienischen wissenschaftlichen Literatur derzeit intensiv mit dem gemeinsamen Europäischen Kaufrecht beschäftigt, gerät die ebenfalls kürzlich in Kraft getretene Verbraucherrechte – RL 2011/83/EU daneben fast in den Hintergrund – eine Rolle, die ihr gewiss nicht gerecht wird.

Die erwähnten Gesichtspunkte sind der Grund für meine Forschungen zum Widerrufsrecht bei Verbraucherdienstverträgen. Dabei beschäftige ich mich mit dem unionsrechtlichen, italienischen und deutschen Rechtssystem. Das Recht der Europäischen Union ist deshalb von Bedeutung, weil die Gewährung von Widerrufsrechten bei Verbraucherverträgen auf entsprechenden europäischen Richtlinien beruht, die in italienisches Recht umgesetzt werden mussten; das deutsche Rechtssystem wiederum ist wichtig, weil das BGB nach der Schuldrechtreform und seinen notwendig gewordenen Anpassungen an die Urteile des EuGH wegen seiner

---

<sup>1</sup> TONNER-FANGEROW, *Directive 2011/83/EU on consumer rights: a new approach to European consumer law?*, *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht* (EUVR), 2012, S. 67.

Systematik und Dogmatik hinsichtlich der Regelungen des Widerrufsrechts ein Modell für ein modernes europäisches bürgerliches Gesetzbuch sein könnte.

Eines der Ziele meiner Doktorarbeit ist es, die Unterschiede zwischen der italienischen und der deutschen Regelung über das Widerrufsrecht bei Fernabsatz- und Haustürgeschäft über Dienstleistungen zu betonen.

In diesem Zusammenhang bezieht sich das folgende Abstrakt auf wenige, bedeutsame Punkte, und zwar:

1. Auf die Definition des Dienstleistungsvertrags
2. Auf die Ausgestaltung des Widerrufsrechts bei Verbraucherverträgen und
3. Auf die Voraussetzungen und die Auswirkung der Ausübung des Widerrufsrechts<sup>2</sup>.

Am Schluss werde ich den Inhalt der neuen Richtlinie beschreiben und auf die Auslegungsprobleme hinweisen, welche die Umsetzung der Verbraucherechterichtlinie in den beiden Rechtsordnungen mit sich bringen wird.

---

<sup>2</sup> Dieser letzte Punkt wird hier nur im Rahmen der Regelung über Haustürgeschäfte überprüft. Für die Auslegung der Vorschriften, die auf Fernabsatzverträge Anwendung finden, weist man auf die italienische Version der Doktorarbeit.

## II DIE DEFINITION VON VERBRAUCHERVERTRÄGEN ÜBER EINE DIENSTLEISTUNG

### 1. Italienisches Recht

Die Dienstleistungen unterscheiden sich ihrer Natur nach wesentlich von Waren, weil sie nicht herausgabefähig sind und daher nur durch eine Geldleistung ersetzt werden können.

Sehr wichtig wäre dann, eine Definition des Verbraucherdienstvertrags zu haben, um den Geltungsbereich der Vorschriften, die nur auf Dienstleistungsverträge Anwendung finden und anders als die Regelungen zum Warenkauf den *dies a quo* der Widerrufsfrist und die Pflichten des Verbrauchers bei der Rückabwicklung des Vertrags regeln, abzugrenzen.

Da die Haustür- und die Fernabsatzrichtlinie keine allgemeine gesetzliche Definition des Verbraucherdienstvertrags enthalten, sondern einfach vorsehen, dass ihre Vorschriften für Verträge gelten, die zwischen einem Gewerbetreibenden, der Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher geschlossen werden<sup>3</sup>, sollte man eine allgemeine Definition des Vertrags über Dienstleistungen in dem Codice del consumo oder dem Codice civile suchen.

Der Codice del consumo hat aber spiegelbildlich die Vorschriften der Richtlinien in den Art. 45 ff. und 50 ff. umgesetzt.

Der Codice civile regelt hingegen einzelne Schuldverhältnisse, die eine Dienstleistung zum Objekt haben (wie z.B. Beförderungsvertrag<sup>4</sup>, Auftragsvertrag<sup>5</sup>, Speditionsvertrag<sup>6</sup>, einfacher Werkvertrag<sup>7</sup>), aber er enthält in keiner Vorschrift eine

---

<sup>3</sup> So Art. 1, Abs. 1 Richtlinie 85/577/EWG. Siehe auch die mit ähnlicher Formulierung entsprechenden Vorschrift des Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 97/7/EG

<sup>4</sup> Nach Art. 1678 „Mit dem Beförderungsvertrag verpflichtet sich der Beförderer Personen oder Sachen von einem Ort an einem anderen gegen Entgelt zu befördern“. Übersetzung von BAUER/ECCHER/KÖNIG/KREUZER/ZANON, *Italienisches Zivilgesetzbuch*, Bozen 2010.

<sup>5</sup> Nach Art. 1703 „Der Auftrag ist der Vertrag, mit dem sich eine Partei verpflichtet, eine oder mehrere Rechtshandlungen auf Rechnung einer anderen vorzunehmen“. Übersetzung von BAUER/ECCHER/KÖNIG/KREUZER/ZANON, *Italienisches Zivilgesetzbuch*, Bozen 2010.

<sup>6</sup> Nach Art. 1737 „Der Speditionsvertrag ist ein Auftrag, mit dem der Spediteur die Verpflichtung übernimmt, im eigenen Namen und Aufrechnung des Auftraggebers einen Beförderungsvertrag abzuschließen und die Nebengeschäfte abzuwickeln“. Übersetzung von BAUER/ECCHER/KÖNIG/KREUZER/ZANON, *Italienisches Zivilgesetzbuch*, Bozen 2010.

allgemeine Definition des Dienstvertrags, die für jeden Vertrag gelten kann, der eine Dienstleistung zum Objekt hat<sup>8</sup>.

## 2. Deutsches Recht

Im Gegensatz zum italienischen Recht kennt das BGB eine allgemeine Definition des Dienstvertrags.

Ob diese Definition dem europäischen Begriff von Dienstleistungsvertrag entspricht, scheint aber zweifelhaft.

Voraussichtlich hätte kein deutscher Jurist gedacht, dass ein Bürgschaftsvertrag, bzw. ein Vertrag zugunsten Dritter ein Dienstleistungsvertrag im Sinne der HWiG-RL sein könnte (so aber die Entscheidung in der Rs.- Dietzinger).

Denn der Bürgschaftsvertrag ist kein Vertrag, der im Sinne von Artikel 1 "zwischen einem Gewerbetreibenden, der (...) Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher geschlossen wird"<sup>9</sup>

Schwierig ist es auch sich vorzustellen, dass der deutsche Gesetzgeber sich bewusst war, dass das Haustürwiderrufgesetz auf einen Vertrag anwendbar ist, der den Beitritt des Verbrauchers zu einem geschlossenen Immobilienfond in Form einer Personengesellschaft betrifft (so die Entscheidung in der Rs.- Fritz), aber eine

---

<sup>7</sup> Wenn sich eine Person gegen Entgelt verpflichtet, mit überwiegend eigener Arbeit und ohne zum Besteller in ein Verhältnis der Unterordnung zu treten, ein Werk zu erstellen oder einen Dienst zu leisten, sind die Vorschriften dieses Abschnitts anzuwenden, es sei denn, dass die Rechtsbeziehung im 4. Buch gesondert geregelt ist. Übersetzung von BAUER/ECCHER/KÖNIG/KREUZER/ZANON, *Italienisches Zivilgesetzbuch*, Bozen 2010.

<sup>8</sup> In diesem Kontext sind besonders interessant die Dienstverträge, wie Telefonvertrag, die vom Codice civile nicht als einzelne Schuldverhältnisse geregelt werden. Nach der herrschenden Meinung werden diese Verträge durch eine analoge Anwendung der Vorschriften über den Bezugsvertrag geregelt: BOCCHINI, *La somministrazione di servizi*, Padova 1999. Vertreten wird auch, dass solche Verträge in den Anwendungsbereich der Vorschriften über den Werkvertrag fallen könnten: RUBINO/SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizio*, Padova 2006.

<sup>9</sup> EuGH, vom 17. März 1998, Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG gegen Edgard Dietzinger, Rechtssache C-45/96, *Sammlung der Rechtsprechung*, 1998 S. I-01199. Diesbezüglich s.: HUFF, *Anwendbarkeit der Haustürgeschäftewiderrufs-Richtlinie auf private Bürgschaftsverträge*, *European Law Reporter*, 1998, S. 177; REINICKE/TIEDTKE, *Schutz des Bürgen durch das Haustürwiderrufgesetz*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 1998 S. 893; TREBER, *Europäischer Verbraucherschutz im Bürgschaftsrecht*, *Wertpapier-Mitteilungen (WM)*, 1998 S. 1908; TUCCI, *Contratti negoziati fuori da locali commerciali e accessorieta della fideiussione*, *Banca, borsa e titoli di credito*, 1999, S. 132; FRANZEN, *Der EuGH und das bürgerliche Recht: dargestellt am Beispiel der EuGH-Urteile "Dietzinger" und "Draehmpaehl"*, *Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag*, 2001 S. 889

Lebensversicherung gegen Zahlung einer monatlichen Prämie, die zu unterschiedlichen Teilen investiert werden soll, nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt (so die Entscheidung in der Rs.- Gonzales Alonso).

So ist es fast vergeblich, eine Definition des Dienstvertrags im nationalen Recht zu suchen, die dem europäischen Recht entspricht. Selbst bei der Entscheidung in dem Fall Car Trim hat der EuGH geklärt, dass es drei verschiedene Begriffe von Dienstleistungen gibt (eine im Sinne von Bruxelles I Verordnung 44/2001; eine im Sinne des Sekundärrechts und eine im Sinne von Art. 57 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union). Die Entscheidung in der Rs.- Falco hat noch Eines (in Bezug auf die Mehrwertsteuer) hinzugefügt. Daher ist es im Einzelfall zu entscheiden, ob ein Dienstleistungsvertrag gegeben ist.

### III. DIE AUSGESTALTUNG VON WIDERRUFSRECHT

#### 1. Italienisches Recht

Das Widerrufsrecht des Verbrauchers ist ein Vertragslösungsrecht und wird oft definiert als das Recht, die Abgabe einer Willenserklärung zu bedauern, indem eine gegenteilige Willenserklärung abgegeben wird, die geeignet ist, die Folgen der vorherigen Willenserklärung aufzuheben<sup>10</sup>.

Hintergrund des Widerrufsrechts ist, dass die Verbraucher außerhalb von Geschäftsräumen psychisch unter Druck stehen und unter einem Informationsdefizit bei Fernabsatzgeschäften leiden.

Dabei handelt es sich normalerweise um eine Ausnahme von dem Grundsatz "pacta sunt servanda", wonach Verträge für beide Seiten bindend sind.

Ein solches Verbraucherwiderrufsrecht ist damit ein gesetzliches Widerrufsrecht, das sich jedoch vom *Diritto di recesso*, welches im *Codice civile* für einige Vertragstypen vorgesehen ist, unter verschiedenen Gesichtspunkten unterscheidet.

Beim *Codice civile* kann normalerweise eine Partei zurücktreten, sofern ein wichtiger Grund besteht oder sie die andere Partei für die getätigten Aufwendungen, die ausgeführten Arbeiten und den entgangenen Gewinn schadlos hält.

Im Gegensatz dazu hat das Verbraucherwiderrufsrecht einige besondere Eigenschaften, die eine direkte dogmatisch saubere Zuordnung zum *Diritto di recesso* nicht ermöglichen.

Erstens ist zu berücksichtigen, dass das Verbraucherwiderrufsrecht sich sowohl auf einen geschlossenen Vertrag, als auch auf ein Angebot bezieht, so dass es von der Rechtslehre gewöhnlich als *Ius poenitendi* bezeichnet wird.

Zweitens handelt es sich um ein unentgeltliches Recht, so dass der Gewerbetreibende keinen Schadensersatz- oder Entschädigungsanspruch geltend machen kann, wenn der Verbraucher es ausübt, um sich von den Verpflichtungen des Vertrags zu befreien.

---

<sup>10</sup> CHERUBINI, *Ius se poenitendi*, *Enciclopedia giuridica*, 2007, S. 405ff.

Drittens ist es ein befristetes Recht, weil der Verbraucher über eine Frist von zehn Tagen verfügt, in der er den Vertrag ohne Angabe von Gründen widerrufen kann.

Letztendlich ist das Widerrufsrecht des Verbrauchers ein unverzichtbares Recht, weil der Verbraucher gemäß Art. 143 c.cons. auf die Rechte nicht verzichten kann, die ihm das Verbrauchergesetzbuch einräumt.

Aufgrund dieser Eigenschaften und Wirkung ist die Ausgestaltung des Widerrufsrechts des Verbrauchers in der Dogmatik und Systematik des Lösungsrechts in Italien sehr umstritten.

Ein Teil der Rechtslehre schlägt eine originelle Auffassung für die Ausgestaltung des Widerrufsrechts vor, welche sowohl für Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge, als auch für Warenkauf und Dienstvertrag Anwendung finden könnte. Nach dieser Auffassung, welche die Rolle des Gemeinschaftsrechts beim Vertragsschluss betont, ist zwischen innerem und äußerem Willen beim Verbrauchervertragsrecht zu unterscheiden

So wird behauptet, dass die Willenserklärung des Verbrauchers zum Vertragsschluss aufgrund des Überraschungsmoments an der Haustür bzw. der Entfernung vom Gewerbetreibenden nicht seinem inneren Willen entspricht und infolgedessen nicht bindend sein darf. Nur die Ausübung oder die Nicht-Ausübung des Widerrufsrechts kann den inneren Willen äußern und zum Vertragsschluss führen, weil der Verbraucher die Gelegenheit erhalten soll, seine Rechte und Pflichten aus dem Vertrag in vollem Umfang zu verstehen<sup>11</sup>.

Diese Gelegenheit wird dem Verbraucher mit der Widerrufsfrist eingeräumt, innerhalb derer er den Vertrag ohne Angabe von Gründen und ohne jegliche Kosten widerrufen kann. Nach dieser Ansicht ist die Widerrufsfrist dann ein „*spatium deliberandi*“ vor dem Vertragsschluss; damit bezieht sich das Widerrufsrecht nicht auf einen schon geschlossenen Vertrag, sondern auf das Verfahren der Willensbildung.

Diese Auffassung wird durch den Hinweis auf die Vorschriften über das Optionsrecht gemäß Art. 1331 c.c. bzw. den Kauf mit Vorbehalt der Billigung gemäß Art. 1520 c.c. vertreten.

---

<sup>11</sup> So BENEDETTI, *Proprietà, Obbligazioni, Contratti*, in *Manuale di diritto Privato Europeo*, Milano 2007, S. 347 ff.; PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano 2008, *passim*.

Hiergegen bringt aber eine andere Meinung vor, dass das Widerrufsrecht, zumindest dann, wenn es sich nicht auf ein Angebot bezieht, die Folgen eines schon geschlossenen Vertrages betrifft<sup>12</sup>.

## 2. Deutsches Recht

Diese andere Auffassung, die auf einer Auslegung nach dem Wortlaut der Umsetzungsvorschriften beruht, kann durch den Vergleich mit der deutschen Rechtsordnung unterstützt werden.

Im deutschen Recht beschreibt der Begriff „Widerruf“ keinen eindeutigen konstruktiven Sachverhalt.

Vielfältig sind die Vorschriften, die sich auf das Widerrufsrecht beziehen: So bestimmt § 130 Abs. 1°, BGB: «Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht. Sie wird nicht wirksam, wenn dem anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht».

Auf das Widerrufsrecht beziehen sich auch einige andere Vorschriften des Allgemeinen Teils: § 109 (Widerrufsrecht bei einem Vertrag mit einem Minderjährigen), § 178 (bei Vertragsschluss durch Vertreter ohne Vertretungsmacht), und noch in einzelnen Schuldverhältnissen: § 790 (Widerruf der Anweisung), § 530 (Widerruf der Schenkung) und § 671 (Widerruf bei Auftragsvertrag).

In diesem Bereich ist aber der Widerruf im Einzelnen geregelt, d.h. getrennt von den Vorschriften, die auf Verbraucherverträge Anwendung finden<sup>13</sup>.

Seit der Schuldrechtsreform und der Einführung der Vorschriften über das Widerrufsrecht des Verbrauchers im zweiten Buch des BGB vertritt die deutsche Rechtslehre einhellig die Meinung, dass das Widerrufsrecht – trotz des *nomen iuris* –

---

<sup>12</sup> BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato Vassalli*, Torino 1993, S. 181; CHERUBINI, *Ius se poenitendi*, *Enciclopedia giuridica*, Milano 2007, S. 405 ff.; MOSCARINI, *Diritto di recesso e contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova 1999, S. 232; FALCONIO, *Il recesso del consumatore*, in *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, a cura di Bocchini, I, Torino 2003, S. 390; COLOSIMO, *Commento agli artt. 66-67 c.cons.*, in *Commentario al Codice del consumo*, a cura di Vettori, Padova 2007, S. 530.

<sup>13</sup> So GAIER, *Sub vor § 346 BGB*, *Münchener Kommentar zum BGB*, 4. Aufl, München 2003, Rn. 24.

ein besonderes gesetzliches Rücktrittsrecht darstellt und sich daher auf einen geschlossenen Vertrag bezieht<sup>14</sup>.

Um die Ausgestaltung des Verbraucherwiderrufsrechts in der deutschen Dogmatik zu verstehen, ist eine historische Auslegung des deutschen Rechts fortzuführen.

Vor der Schuldrechtsreform war auch in Deutschland die Rechtsnatur des Widerrufsrechts, der Rechtszustand während der Widerrufsfrist, und die Wirkungen des Widerrufs auf diesen Rechtszustand sehr umstritten.

Vertreten wurden die „Theorie der schwebenden Wirksamkeit“ und die „Theorie der schwebenden Unwirksamkeit“, deren Verständnis Grundlage bei der Auslegung der heutigen Regelung der §§355 ff. BGB ist.

Auf der Konstruktion der schwebenden Unwirksamkeit basierten VerbrKrG, HausTWG und TeilzeitWohnungsrechtsgesetz: Nach dieser Theorie stellt das Ausbleiben des Widerrufs bis zum Ablauf der Widerrufsfrist eine notwendige Voraussetzung für die Wirksamkeit des Vertrages und die Entstehung von Erfüllungsansprüchen dar.

Auf der Konstruktion der schwebenden Wirksamkeit des Vertrages basierten § 4 FernUnterrichtsschutzgesetz und § 8 Versicherungsvertragsgesetz: Nach dieser Theorie besteht ein vollwirksamer Vertrag mit beiderseitigen Leistungspflichten und Erfüllungsansprüchen bis zum Widerruf. Nach der Ausübung des Widerrufsrechts wird der Vertrag in seinen jeweiligen Erfüllungsansprüchen rückabgewickelt.

Daher kann man behaupten, dass sich die verbraucherrechtlichen Widerrufsregeln vor der Schuldrechtsreform in ihrer dogmatischen Konstruktion unterschieden. Erst mit der Einführung der §§ 355 ff. BGB bzw. §§ 361 ff. a.F. BGB hat sich der deutsche Gesetzgeber für ein einheitliches Modell aller Verbraucherwiderrufsrechte nach dem Modell der schwebenden Wirksamkeit entschieden. Damit kann man heute sagen, dass die Verbraucherverträge bis zum Widerruf wirksam sind.

Entscheidend für die Wahl des Modells der schwebenden Wirksamkeit war das Ziel der Fernabsatzrichtlinie, dem Verbraucher sofortige Erfüllungsansprüche gegen den

---

<sup>14</sup> Die Unterschiede zwischen dem nach Vertragsschluss ausgeübten Widerrufs- und dem Rücktrittsrecht in ihren Rechtswirkungen sind minimal, bzw. rechtlich unerheblich: So BÜLOW, WM 2000, S. 2361

Unternehmer zu geben, um die ontologische Gefahr eines Distanzgeschäfts zu reduzieren.

Das Gesetzgebungsverfahren und die Überlegungen der deutschen Rechtslehre stellen also eine Gelegenheit für den italienischen Jurist dar, einen Rechtsvergleich für die Ausgestaltung des Widerrufsrechts in der italienischen Rechtsordnung fortzuführen, um zu behaupten:

Der *Nomen iuris* des Lösungsrechts ist für die Ausgestaltung des Verbraucherschutzinstruments im nationalen Recht nicht relevant.

Die Schaffung einheitlicher Regelungen über das Widerrufsrecht muss von einem schon geschlossenen und wirksamen Vertrag ausgehen.

Das ist besonders evident hinsichtlich der Regelungen über die Ausübung und die Wirkung des Widerrufsrechts bei Haustürgeschäften über Dienstleistungen

### III. RÜCKABWICKLUNGSREGIME BEI HAUSTÜRGESCHÄFTEN

#### 1 Italienisches Recht

Bei der Betrachtung dieses Themas muss man vom Art. 48 c.cons. ausgehen.

Art. 48: Esclusione del diritto di recesso

*Per i contratti riguardanti la prestazione di servizi, il diritto di recesso non può essere esercitato nei confronti delle prestazioni che siano state già eseguite.*

Art. 48: Ausschluss des Widerrufsrechts

Bei Dienstleistungsverträgen kann das Widerrufsrecht im Bezug auf die ausgeführten Leistungen nicht ausgeübt werden.

Nach dem Wortlaut der Vorschrift und der Überschrift – „*Ausschluss des Widerrufsrechts*“ – sollte man annehmen, dass die italienische Umsetzung der Haustürgeschäftsrichtlinie dem Verbraucher keine Möglichkeit einräumt, sich von Dienstleistungsverträgen zu lösen.

Wäre diese die einzige Auslegungsmöglichkeit des Art. 48 c.cons., müsste man die Konformität des italienischen Rechts mit dem europäischen Recht bezweifeln, weil keine Vorschrift der Haustürgeschäfte-Richtlinie den Ausschluss des Widerrufsrechts bei Dienstverträgen vorsieht.

Mit anderen Worten: Wäre diese die einzige Auslegungsmöglichkeit, wäre Art. 48 c.cons. eine typische richtlinienwidrige Umsetzungsvorschrift der Haustürgeschäfte-Richtlinie und würde daher die italienische Rechtsordnung gegen den Artikel 258 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union stoßen.

Um das zu vermeiden, ist die Rechtslehre davon überzeugt, dass Art. 48 c.cons. – trotz der unpräzisen Formulierung der Vorschrift – einfach die *ex nunc* Wirkung des Widerrufsrechts vorsieht.

Auch bei Haustürgeschäften über Dienstleistungen steht also dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zu, und wenn der Verbraucher dieses Recht ausübt, um sich vom Vertrag zu lösen, muss er für die erbrachten Dienstleistungen Entgelt leisten.

Fraglich ist aber, nach welchen Maßstäben die Bezahlungspflicht des Verbrauchers zu berechnen ist.

Darüber verliert der Codice del consumo kein Wort, sodass die Rückabwicklungsregime eines Haustürgeschäfts über Dienstleistungen nicht vom

italienischen Gesetzgeber sondern von der italienischen Rechtslehre gebildet worden ist.

Kein Zweifel besteht darüber, dass der Verbraucher den vereinbarten Preis zu bezahlen hat, wenn dieser verhältnismäßig mit dem Wert der ausgeführten Dienstleistung ist.

Hingegen ist es problematisch zu entscheiden, was der Verbraucher zu bezahlen hat, wenn der Preis unverhältnismäßig zum Wert der ausgeführten Dienstleistung ist.

Hier wird vertreten, dass die Klausel oder die Vereinbarung, die eine unverhältnismäßige Gegenleistung vorsieht, gemäß Art. 143 c.cons. nichtig ist, weil der Verbraucher durch solche Vereinbarungen die Freiheit verliert, das Widerrufsrecht auszuüben.

Wenn daher die Vereinbarungen über den Preis unverhältnismäßig bzw. nichtig sind, wären andere Kriterien bei der Berechnung des Wertes der Dienstleistung zugrunde zu legen: solche Kriterien werden in den Regelungen der Bereicherung ohne Rechtsgrund gesucht.

In diesem Zusammenhang ist die Verpflichtung des Verbrauchers auf den objektiven Wert der Dienstleistung beschränkt und zwar auf den niedrigeren Betrag zwischen der Bereicherung des Verbrauchers und der Vermögensminderung des Unternehmers zu berechnen.

## **2. Deutsches Recht**

Das deutsche Recht wurde hinsichtlich der Regelungen über das Verbraucherwiderrufsrecht als eine Dauerbaustelle definiert, wegen der häufigen Änderungen der Vorschriften über das Widerrufsrecht und die Rückabwicklung des Vertrages<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> WENDEHORST, *Dauerbaustelle Verbrauchervertrag Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatz-Verträgen*, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2011, S. 2551. Siehe auch: HENRICH, *La libertà contrattuale e il consumatore*, in *Percorsi europei di diritto privato e comparato*, Milano 2006, S. 209ff.

Wesentliche Regelungen sind § 312 BGB, wonach dem Verbraucher bei Haustürgeschäften ein Widerrufsrecht gemäß § 355 BGB zusteht<sup>16</sup>; und § 357 BGB, der für die Rechtsfolgen des Widerrufs auf die Vorschriften der §§ 346 ff. über die Wirkung von gesetzlichem Rücktritt hinweist.

Nach 346 Abs. 1 BGB: „Hat sich eine Vertragspartei vertraglich den Rücktritt vorbehalten oder steht ihr ein gesetzliches Rücktrittsrecht zu, so sind im Falle des Rücktritts die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben“.

§ 346 Abs. 2, S. 1 BGB sieht vor: „Statt der Rückgewähr oder Herausgabe hat der Schuldner Wertersatz zu leisten, soweit die Rückgewähr oder die Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist.“

Gemäß § 346 Abs. 2, S. 2 BGB: „Ist im Vertrag eine Gegenleistung bestimmt, ist sie bei der Berechnung des Wertersatzes zugrunde zu legen; ist Wertersatz für den Gebrauchsvorteil eines Darlehens zu leisten, kann nachgewiesen werden, dass der Wert des Gebrauchsvorteils niedriger war“.

Nach der Begründung der Schuldrechtsreform wollte der Gesetzgeber diese Vorschrift zu einem allgemeinen Prinzip erweitern<sup>17</sup>, welches in allen Fällen anwendbar ist, bei denen die Rückgewähr der Leistung ihrer Natur nach unmöglich ist.

Daher sind die Vorschriften des § 346 Abs. 2 BGB zuständig, auch die Verbraucherdienstverträge zu regeln.

Da der Anspruch auf Wertersatz grundsätzlich auf Geld geht, ist anzumerken, dass auch hier – wie im Art. 48 c.cons. – die Befreiung vom Vertrag jedenfalls mit dem Ersatz des Werts der ausgeführten Dienstleistung verbunden ist.

Anders als italienisches Recht liefert aber § 346 Abs. 2, S. 2 BGB den Maßstab für die Berechnung der Verpflichtung des Verbrauchers: Dieser ist die Gegenleistung, d.h. der vereinbarte Preis.

Die deutsche Rechtslehre hält aber die Vorschrift für irreführend<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Bei einem Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, dessen Abschluss der Verbraucher bestimmt worden ist (Haustürgeschäft), steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht gemäß § 355 BGB zu.

<sup>17</sup> BT 14/6040, S. 195

<sup>18</sup> RING, § 346 BGB, *Nomos Kommentar zum BGB*, Baden-Baden 2012; MASUCH, § 357 BGB, *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2012, Rn. 32.

Man berücksichtigt, dass die Anwendung des Kriteriums der Gegenleistung verfehlt wäre, wenn das Rücktrittsrecht bzw. das Widerrufsrecht deswegen eingeräumt wurde, damit der Berechtigte prüfen können sollte, ob der Preis seiner Vorstellung von der Leistung entspricht.

Typische Fälle, bei denen der Maßstab der vereinbarten Gegenleistung keine Anwendung finden soll, sind die Darlehensverträge und die Haustürgeschäfte.

Bei Darlehensverträgen wird dem Verbraucher von § 346 Abs. 2, S. 2 die Möglichkeit eingeräumt nachzuweisen, dass das Darlehen für ihn einen geringen Vorteil gebracht hat. Hintergrund der Vorschrift ist die Erwägung bzw. Feststellung, dass der Verbraucher andernfalls – wenn der Maßstab der Gegenleistung anwendbar wäre – nach Ausübung seines Widerrufsrechts wirtschaftlich ebenso wie ohne Widerruf stünde.

Diese Überlegungen können auch hinsichtlich Haustürgeschäfte über eine Dienstleistung sachbezogen wiederholt werden. Bei Haustürgeschäften besteht aber keine entsprechende gesetzliche Vorschrift, die den Verbraucher bei der Berechnung des Wertersatzes angemessen schützt.

Damit § 346 Abs. 2, n. 1, BGB keine Anwendung zulasten des widerrufenden Verbraucher finden kann, ist aber eine teleologische Reduktion des Gesetzes erforderlich.

Hier wird die Auffassung vertreten, wonach die Anwendung vom § 346 Abs. 2, S. 2 BGB eine privatautonom ausgehandelte Entgeltabrede voraussetzt, die regelmäßig wegen der Überrumpelungsgefahr bei Haustürgeschäften fehlt.

Folglich berechnet sich die Wertersatzpflicht nicht nach dem vertraglichen Entgelt, sondern nach dem objektiven Wert der Unternehmerleistungen, soweit dieser nicht das vertragliche Entgelt übersteigt.<sup>19</sup>

Schließlich kann man einen deutlichen Unterschied zwischen dem italienischen und dem deutschen Rückabwicklungsregime bei Haustürgeschäften über eine Dienstleistung profilieren.

Die italienische Regelung charakterisiert sich, weil sie minimal ist und deswegen eine Auslegung ermöglicht, welche geeignet ist, das Ziel des

---

<sup>19</sup> BGH, Urt. v. 19. 7. 2012 – III ZR 252/11, NJW 2012, S. 3428; BGH Urteil vom 15.04.2010 - III ZR 218/09, NJW 2010, S. 2868.

Verbraucherschutzes bei unverhältnismäßigem Preis der ausgeführten Dienstleistung zu verwirklichen.

Im Gegensatz zum italienischen Recht enthält die deutsche Rechtsordnung eine detaillierte Regelung des Widerrufsrechts bei Verbraucherdienstverträgen, die sich aus der Verbindung zwischen § 357 Abs. 1, und § 346 Abs. 2, S. 1-2 ergibt.

Obwohl eine Auslegung nach dem Wortlaut des Gesetzes zu einem geringen Niveau des Verbraucherschutzes bei Haustürgeschäften über eine Dienstleistung führen könnte, verhindern diese Vorschriften die Konformität des deutschen Rechts mit dem europäischen Recht nicht.

Im Endeffekt entspricht die einschränkende Auslegung des § 346 II BGB dem Erfordernis der effektiven Gewährleistung des Rechts zum Widerruf von Haustürgeschäften.

Wenn der Verbraucher für die an ihn erbrachten Leistungen das vertraglich vereinbarte Entgelt bezahlen müsste, wäre die Ausübung des Widerrufsrechts insbesondere im Bereich der Dienstleistungen in vielen Fällen wirtschaftlich sinnlos und somit dieses Recht wesentlich abgewertet<sup>20</sup>.

Daher kann das Recht des Verbrauchers, seine auf Abschluss eines Vertrags in einer „Haustürsituation“ gerichtete Willenserklärung zu widerrufen, effektiv nur ausgeübt werden, wenn die vertragliche Entgeltregelung für die Bemessung des Wertersatzes nicht maßgebend ist.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> RING, § 346 BGB, *NomosKommentar*, Baden-Baden, 2012.

<sup>21</sup> So: LORENZ, *Grundwissen – Zivilrecht: Rechtsfolgen von Rücktritt und Widerruf*, *Juristische Schulung* (JuS), 2011, S. 873; ARNOLD/DÖTSCH, *Verschärfte Verbraucherhaftung beim Widerruf?*, *NJW* 2003, S. 188.

#### **IV. DIE VERBRAUCHERRECHTERICHTLINIE**

Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher bringt neue relevante inhaltliche Regelungen.

Ganz kurz gilt es sich zu erinnern, dass der ursprüngliche Plan der europäischen Kommission infolge der heftigen Kritik aufgegeben worden ist.

Aus dieser Kritik hat der europäische Gesetzgeber eine Lehre gezogen und am 25. Oktober 2011 die Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher erlassen, welche wesentliche Neuregelungen nur hinsichtlich der Fernabsatz- und Haustürgeschäfte mit sich bringt.

Die Verbraucherrechtsrichtlinie 2011/83/EU charakterisiert sich aus verschiedenen Gesichtspunkten:

Erstens weil die Verbraucherrechtsrichtlinie eine Vollharmonisierung der Regelungen über Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge zum Ziel hat: d.h. dass, sofern nichts anderes bestimmt, die Mitgliedstaaten von den Bestimmungen dieser Richtlinie abweichende innerstaatliche Rechtsvorschriften nicht aufrecht erhalten oder einführen können; dies gilt auch für strengere oder weniger strenge Rechtsvorschriften zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutzniveaus. (so Art. 4 RL).

Zweitens sind ihre Vorschriften unabdingbar, da die Verbraucher auf die Rechte, die ihnen mit den einzelstaatlichen Maßnahmen zur Umsetzung dieser Richtlinie eingeräumt werden, nicht verzichten können.

Daher sind Vertragsklauseln, die einen Verzicht auf die sich aus dieser Richtlinie ergebenden Rechte oder deren Einschränkung unmittelbar oder mittelbar bewirken, für den Verbraucher nicht bindend (so Art. 25 RL).

Drittens, ist die Verbraucherrechtsrichtlinie eine Teilregelung der Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge, weil sie das innerstaatliche Vertragsrecht unberührt lässt, soweit vertragsrechtliche Aspekte durch die Richtlinie nicht geregelt werden. Insbesondere hat die Richtlinie keine Wirkung auf nationale Rechtsvorschriften die den Abschluss oder die Gültigkeit des Vertrages betreffen bzw. in Bezug auf die allgemeinen vertraglichen Rechtsbehelfe, die Vorschriften des allgemeinen Wirtschaftsrechts und die Vorschriften über sittenwidrige Rechtsgeschäfte.

## 1. Definition des Dienstleistungsvertrags

Bezüglich der Definition des Dienstleistungsvertrags sieht Art. 2 Nummer 6 der Richtlinie vor, dass ein solcher Vertrag jeder ist, der kein Kaufvertrag ist, und nach dem der Unternehmer eine Dienstleistung für den Verbraucher erbringt oder deren Erbringung zusagt und der Verbraucher hierfür den Preis zahlt oder dessen Zahlung zusagt.

Fraglich ist aber, welche Vorschriften auf die Verträge Anwendung finden sollen, die darauf gerichtet sind, dem Verbraucher mittels einer Dienstleistung eine Ware zukommen zu lassen.

Dabei hilft der Hinweis auf den Kaufvertrag, der von Art. 2 Nummer 5) definiert wird.

Nach Art. 2 Nummer 5) ist ein Kaufvertrag jeder Vertrag, durch den der Unternehmer das Eigentum an Waren an den Verbraucher überträgt oder deren Übertragung zusagt und der Verbraucher hierfür den Preis zahlt oder dessen Zahlung zusagt, einschließlich von Verträgen, die sowohl Waren als auch Dienstleistungen zum Gegenstand haben;

Die Definition des Dienstvertrags ist schließlich in Verbindung mit der Definition des Kaufvertrags zu lesen, und daraus ist zu folgern, dass ein Dienstleistungsvertrag zwischen einem Verbraucher und einem Gewerbetreibenden dann vorliegt, wenn die Pflichten des Vertragspartners nicht durch die Übergabe einer Ware oder bei Gelegenheit der Übergabe mittels einer Dienstleistung erfüllt werden, sondern ausschließlich durch die Ausführung einer Leistung aufgrund eines *facere*<sup>22</sup> (Tuns).

Die Definition des Dienstleistungsvertrags im Sinn der Verbraucherrechterichtlinie ist insofern eine negative Definition, weil sie sich auf alle Verträge bezieht, die weder reine Kaufverträge noch sogenannte „komplexe Verträge“ sind.

Diesbezüglich ist anzumerken, dass der europäische Gesetzgeber bei der Formulierung der neuen Vorschriften über die Geltungsbereiche der Richtlinie eine Lehre aus der Rechtsprechung des EuGH gezogen hat.

Nach der Rechtssprechung des EuGH zur Richtlinie 85/577/EGW erstreckte sich deren Geltungsbereich auch auf Verträge, die anscheinend nicht unter diese fielen.

---

<sup>22</sup> Siehe SANTINI, *Commercio e servizi*, Bologna 1988, S. 820.

In den letzten 15 Jahren hat der EuGH eine Rechtsprechung fortgeführt, die zum Ziel hat, ein hohes Niveau des Verbraucherschutzes festzulegen. Daher wurde festgestellt, dass die einzigen Verträge, die vom Geltungsbereich der Richtlinien zum Schutz des Verbrauchers bei Haustürgeschäften oder Fernabsatzverträgen ausgeschlossen sind, diejenigen sind, die als Ausnahme von den Vorschriften der Richtlinien bezeichnet werden.

Da diese Verträge Ausnahmen von einem allgemeinen Grundsatz oder, spezifischer, von gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherschutzvorschriften sind, sind sie außerdem eng auszulegen<sup>23</sup>.

Das sollte man immer im Auge behalten bei der Analyse der Vorschriften der Richtlinie, weil der europäische Gesetzgeber viele Bereiche genannt hat, bei denen die Richtlinie nicht Anwendung finden sollte.

Unter diesen Bereiche fallen auch Verträge – wie z.B. Darlehnsverträge, Teilzeitnutzungsverträge –, bei denen der EuGH die Anwendung der Haustürgeschäfte-Richtlinie bejaht hatte<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> So EuGH, Urteil 13. Dezember 2001, Georg Heiningen und Helga Heiningen gegen Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG, Rechtssache C-481/99, *Sammlung der Rechtsprechung* 2001 S. I-09945; diesbezüglich s. HOFFMANN, *Realkredite im Europäischen Verbraucherschutzrecht*, ZIP 2002, S.145; ROTT, "Heiningen" und die Folgen für das Widerrufsrecht, *Verbraucher und Recht* (VuR) 2002 s.49. EuGH, Urteil vom 10. März 2005, easyCar (UK) Ltd gegen Office of Fair Trading, Rechtssache.C-336/03, *Sammlung der Rechtsprechung* 2005, S. I-01947; diesbezüglich s. ADOBATI, *La Corte di Giustizia precisa la portata della protezione dei consumatori nei contratti a distanza di noleggio di autoveicoli conclusi via internet, Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2005, S. 705. EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2005, Elisabeth Schulte und Wolfgang Schulte gegen Deutsche Bausparkasse Badenia AG, Rechtssache C-350/03, *Sammlung der Rechtsprechung* 2005, S. I-09215; diesbezüglich s. Hoffmann, *Die EuGH-Entscheidungen "Schulte" und "Crailsheimer Volksbank": Ein Meilenstein für den Verbraucherschutz beim kreditfinanzierten Immobilienerwerb?*, ZIP 2005 S. 1985; STAUDINGER, *Die Zukunft der "Schrottimmobilien" nach den EuGH-Entscheidungen vom 25.10.2005*, NJW 2005, S. 3521; EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2005, Crailsheimer Volksbank eG gegen Klaus Conrads und andere, Rechtssache C-229/04, *Sammlung der Rechtsprechung* 2005, S. I-09273; EuGH, Urteil vom 15. April 2010, E. Friz GmbH gegen Carsten von der Heyden, Rechtssache C-215/08; MIRAS, *Kapitalanlage im geschlossenen Immobilienfonds als Haustürgeschäft*, NJW 2010 S. 1513; BENINI, *Collocamento "fuori sede" di quote di fondi di investimento immobiliare e recesso del cliente-consumatore: direttiva n. 85/577/CEE, codice del consumo e t.u.f., La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, I S. 953.

<sup>24</sup> So die obengenannte Rechtsprechung. Siehe auch EuGH, 22. April 1999, Travel Vac SL gegen Manuel José Antelm Sanchis, Rs. C-423/97, *Sammlung der Rechtsprechung*, 1999 S. I-02195, wo behauptet wird: „Der Umstand, dass Teilzeitnutzungsverträge unter die Richtlinie 94/47 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien fallen, schließt nicht aus, dass ein Vertrag, der u. a. eine

Bei solchen Verträgen sieht die Richtlinie 2011/83/EU keine Schutzmaßnahme für den Verbraucher, um eine Kollision zwischen Unionrechtsakte zu vermeiden.

Fraglich ist aber, ob es sachgerecht, ist dem Verbraucher kein Widerrufsrecht einzuräumen, auch dann, wenn er außerhalb von Geschäftsraumen oder durch Fernkommunikationsmittel einen Vertrag schließt, der vom Anwendungsbereich der spezifischen Richtlinie ausgeschlossen ist. So ist der Fall bei Kreditverträgen, bei denen der Gesamtkreditbetrag weniger als 200 EUR oder mehr als 75000 EUR beträgt (Siehe Art. 2 Abs. 2 lit. c) RL 2008/48/EU).

## 2. Die Ausgestaltung des Widerrufsrechts

Eines der durch die geplante horizontale Richtlinie verfolgten Ziele ist die Vereinheitlichung von Vorschriften über das Widerrufsrecht des Verbrauchers, die in der Haustürgeschäft- und Fernabsatzrichtlinie enthalten waren<sup>25</sup>.

Die Artikel 12 ff. der RL bilden nun eine einheitliche Regelung zum Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und Fernabsatzverträgen.

Bei der Formulierung dieser Vorschriften hat der europäische Gesetzgeber die Auffassung mitgeteilt, wonach das Widerrufsrecht die Folgen eines schon geschlossenen Vertrages betrifft, und konsequenterweise den Überlegungen der herrschenden Meinung in der italienischen und deutschen Literatur zugestimmt.

Diese Auffassung, die auch von den *Acquis-Principles* geteilt wird<sup>26</sup>, wird von einigen Vorschriften wiedergegeben.

Solche Vorschriften sind zum einen Art. 7 Abs. 2 und 8 Abs. 7, wonach der Unternehmer dem Verbraucher die Bestätigung des *geschlossenen* Vertrags innerhalb einer angemessenen Frist nach dem Abschluss des Vertrags – d.h. die Bestätigung, welche die Informationen über das Widerrufsrecht enthält – übermittelt, zum anderen Art. 12 Abs. 1 RL: „Mit der Ausübung des Widerrufsrechts enden die Verpflichtungen der Vertragsparteien zur Erfüllung des Fernabsatz- oder außerhalb von Geschäftsräumen *geschlossenen* Vertrags“.

---

Teilzeitnutzung betrifft, zugleich unter die Richtlinie 85/577 fällt, wenn die Voraussetzungen für deren Anwendung im Übrigen erfüllt sind“.

<sup>25</sup> So PISULINSKI, *Vollharmonisierung im Systemvergleich*, s.o. 2009, S. 53f.

<sup>26</sup> Nach Art. 5:105 *Acquis principles*: Der Widerruf eines Vertrags beendet die Leistungspflichten aus dem Vertrag.

Weiterhin kommen die Artikel 13 und 14 in Betracht, welche die Pflichten des Unternehmers und des Verbrauchers im Widerrufsfall regeln.

### 3. Rückabwicklungsregime

Die Verbraucherrechterichtlinie sieht kein allgemeines und einheitliches Rückabwicklungsregime des Vertrages vor.

Vielmehr enthält die Richtlinie *einige* allgemeine Regelungen, die bei jedem Vertrag Anwendung finden, und sieht ferner unterschiedliche Rechtsvorschriften vor, die sich auf den konkreten Inhalt des Vertrags beziehen<sup>27</sup>.

Allgemeine Regelung, die bei jedem Vertrag Anwendung findet, ist vor allem Artikel 12.

Art. 12 findet bei allen Verträgen Anwendung, unabhängig davon, ob die Parteien ihren Pflichten aus dem Vertrag schon nachgekommen sind.

Wie oben gesagt, regelt Art. 12 die Rechtsfolgen des Widerrufsrechts in Bezug auf die Willenserklärungen der Parteien und sieht folglich vor: „Mit der Ausübung des Widerrufsrechts enden die Verpflichtungen der Vertragsparteien *a)* zur Erfüllung des Fernabsatz- oder außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrags oder *b)* zum Abschluss des Fernabsatz- oder außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Vertrags, sofern der Verbraucher dazu ein Angebot abgegeben hat“.

Sodass sich, wenn der Widerruf zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem mit der Vertragserfüllung noch nicht begonnen wurde, die Anwendung des Rückabwicklungsregimes sich erübrigt, und alle damit verbundenen Probleme vermieden werden können<sup>28</sup>.

Falls aber die Parteien ihren Pflichten aus dem Vertrag bereits nachgekommen sind, kommen die Vorschriften der Artikel 13 und 14 in Betracht, welche die Regelungen über die Verpflichtungen der Parteien im Widerrufsfall bestimmen.

---

<sup>27</sup> Demnach ist es möglich, bei der Regelungen der Rechtsfolgen des Widerrufsrechts zwischen 3 Kernstücken zu unterscheiden und zwar: *a)* die Rechtsfolgen bei Kaufverträgen; *b)* die Rechtsfolgen bei Dienstleistungsverträgen (zu diesen gehören auch die Verträge über die Lieferung von Wasser, Gas, Strom, in nicht bestimmten Mengen oder Volumina oder die Lieferung von Fernwärme); *c)* Die Rechtsfolgen bei Verträgen über die Lieferung von nicht auf einem körperlichen Datenträger befindlichen digitalen Inhalten.

<sup>28</sup> So LURGER, *Widerrufsrechte*, in Bydlinski/Lurger *Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher*, Wien 2012, S. 75ff.

Bezüglich der Verpflichtungen des Unternehmers sieht Art 13 Abs. vor, dass der Unternehmer alle Zahlungen, die er vom Verbraucher erhalten hat, gegebenenfalls einschließlich der Lieferkosten, spätestens binnen 14 Tagen ab dem Tag zurückzuzahlen hat, an dem er über den Entschluss des Verbrauchers informiert wird, den Vertrag zu widerrufen (Abs. 1), und dass der Unternehmer die Rückzahlung unter Verwendung desselben Zahlungsmittels vornimmt, das vom Verbraucher bei der ursprünglichen Transaktion eingesetzt wurde<sup>29</sup>.

Diese Vorschriften sollten bei jedem Vertrag Anwendung finden.

Mit besonderem Bezug auf Dienstleistungsverträge aber kommen die Verpflichtungen des Unternehmers nur in isolierten und spezifischen Fällen in Betracht<sup>30</sup>.

Hintergedanke der Rückabwicklungsregime bei Dienstleistungsverträgen ist nämlich die Erwägung, wonach Dienstleistungen nicht rückgabefähig sind.

Aus diesem Grund sind vor allem die Rückgabepflichten des Verbrauchers zu berücksichtigen, weil der Gesetzgeber davon ausgeht, dass der Verbraucher sein Widerrufsrecht zwar ausüben kann, aber der Unternehmer sichergehen können sollte, dass er für die von ihm erbrachte Leistung angemessen bezahlt wird<sup>31</sup>.

Mit anderen Worten: die Regelung über die Rechtsfolgen des Widerrufsrechts bei Dienstleistungsverträgen verfolgen das Ziel, ein „Äquivalenzverhältnis“ zwischen Leistung und Gegenleistung zu schaffen.

Erste Folge dieses Hintergedankens ist, dass der Verbraucher das Widerrufsrecht solange ausüben kann, bis der Unternehmer die Dienstleistung nicht vollständig ausgeführt hat.

Denn gemäß 16 lit. a) erlischt das Widerrufsrecht, wenn der Unternehmer die Dienstleistung vollständig erbracht hat, und mit der Ausführung der Dienstleistung erst begonnen hat, nachdem der Verbraucher dazu seine ausdrückliche Zustimmung gegeben hat und gleichzeitig seine Kenntnis davon bestätigt hat, dass er sein Widerrufsrecht bei vollständiger Vertragserfüllung durch den Unternehmer verliert.

---

<sup>29</sup> Ein anderes Zahlungsmittels ist nur dann erlaubt, wenn der Unternehmer mit dem Verbraucher ausdrücklich etwas anderes vereinbart hat, es sei den für den Verbraucher infolge einer solchen Rückzahlung andere Kosten anfallen.

<sup>30</sup> Erforderlich ist, dass der Verbraucher das Widerrufsrecht ausgeübt hat, bevor der Unternehmer die Ausführung der Dienstleistung schon begonnen hat, oder dass die Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 13 Abs., 3 S. 3 bzw. des Art. 14 Abs. 4 lit. a) gegeben sind.

<sup>31</sup> So Erwägungsgrund 50.

Zweite Folge des „Äquivalenzverhältnisses“ ist die Notwendigkeit von Maßstäben für die Berechnung der Ersatzleistung, wenn der Unternehmer die Dienstleistung nicht vollständig ausgeführt hat.

Diesbezüglich kommen die Vorschriften von Art. 14 zum Zuge, bei deren Anwendung von Bedeutung ist, ob der Unternehmer die Dienstleistung beim Vorliegen von zwei Voraussetzungen erbracht hat.

Erste Voraussetzung ist die Erfüllung der Informationspflicht über das Bestehen des Widerrufsrechts und die Bedingungen, Fristen und Verfahren für die Ausübung dieses Rechts.

Zweite Voraussetzung ist die Zustimmung des Verbrauchers zur Ausführung der Dienstleistung während der Widerrufsfrist.

Falls diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, hat der Verbraucher gemäß Art. 14 Abs. 4 lit. a) BGB-E keinen Ersatz für die vom Unternehmer ausgeführten Dienstleistungen zu leisten.

Falls aber die oben genannten Voraussetzungen gegeben sind, hat der Verbraucher gemäß Art. 14 Abs. 3 ohnehin Ersatz zu leisten.

Hiermit sieht Art. 14 Abs. 3 S. 2 vor, dass zur Berechnung des Ersatzes der vereinbarte Preis zu Grunde zu liegen ist.

Damit der Unternehmer den Verbraucher nicht ausnutzen kann, nimmt Art. 14 Abs. 4 S. 3 der Fall in Erwägung, in dem der Gesamtpreis unverhältnismäßig hoch ist.

Hiermit sieht der Gesetzgeber eine Beschränkung der Ersatzleistung vor, dessen Betrag auf der Grundlage des Marktwerts der erbrachten Leistung zu berechnen ist.

Es handelt es sich dabei um die Möglichkeit für Verbraucher eine Einschränkung der Bezahlungspflicht zu verlangen.

Fraglich ist aber, ob solche Regelungen einen effektiven Schutz dem Verbraucher in allen Fällen gewährleisten können, in denen er außerhalb von Geschäftsräumen oder im Fernabsatz einen Vertrag schließt.

Es ist nämlich zu berücksichtigen, dass keine Vorschrift der Richtlinie die Pflicht des Unternehmers vorsieht, den Verbraucher über diese Möglichkeit zu belehren.

Falls der Verbraucher sich danach erkundigt, wird der zu zahlende Betrag auf der Grundlage des Marktwertes der erbrachten Dienstleistung erst berechnet, wenn der

Verbraucher es nachzuweisen schafft, dass der Gesamtpreis selbst unverhältnismäßig ist<sup>32</sup>.

Außerdem heben die Vorschriften der Richtlinie einige Probleme auf, deren Lösung notwendigerweise von den nationalen Gesetzgebern gelöst werden sollten.

So ist es auf einer Seite fraglich, ob – im Sinne von Art. 14 Abs. 4 lit. *a), i)* – der Unternehmer den Verbraucher ausschließlich gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. *j)* über die Tatsache zu informieren hat, dass er im Widerrufsfall einen angemessenen Betrag für die ausgeführten Dienstleistungen zu leisten hat.

Wenn es so wäre, sollte man behaupten, dass diese Voraussetzung auch dann erfüllt ist, wenn sich der Inhalt der Information auf eine generische und allgemeine Bezahlungspflicht im Widerrufsfall bezieht: sodass der Verbraucher keine Möglichkeit hätte, die Relevanz der Verpflichtungen aus der Rückabwicklung des Vertrages *ab initio* (d.h. vor der Ausübung des Widerrufsrechts) vorzusehen.

Um diese Folge zu vermeiden könnte man vielleicht die Meinung vertreten, wonach der im Art. 14 Abs. 4 litt. *a), i)* enthaltene Hinweis auf die Information gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. *j)*, auch auf die von Art. 6 Abs. 1 lit. *j)* genannte Vorschriften zu erstrecken ist. Aus diesem Grund könnte man behaupten, dass der Unternehmer den Verbraucher auch die Information über den Gesamtpreis (oder der Art der Preisberechnung) gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. *e)* zu erteilen hat, weil diese Information die Voraussetzung für die Berechnung des Betrag im Sinne von Art. 14 Abs. 3 darstellt.

Auf der anderen Seite ist es fraglich, ob der Verbraucher auch dann keinen Ersatz für die ausgeführte Dienstleistung zu leisten hat, wenn der Unternehmer die Belehrungspflicht über das Widerrufsrecht nicht erfüllt hat, der Verbraucher aber doch darüber Kenntnis erlangt hat.

Man könnte selbstverständlich für die Lösung argumentieren, dass der Verbraucher sein Widerrufsrecht gegen die Grundsätze des bürgerlichen Rechts wie denen von Treu und Glauben oder der ungerechtfertigten Bereicherung nicht ausnutzen kann<sup>33</sup>.

Ob die Richtlinie eine solche Auslegungsmöglichkeit erlaubt, scheint es aber schwierig zu entscheiden.

---

<sup>32</sup> Siehe diesbezüglich Erwägungsgrund 50. Dieses Problem hat sich bei der Berechnung des Wertersatz nach §§ 346-357 BGB nicht ergeben.

<sup>33</sup> Siehe diesbezüglich die Entscheidung des EuGH in der Rs.- *Messner*.

Art. 14 Abs. 5 lautet: „Sofern in Artikel 13 Absatz 2 und diesem Artikel nichts anderes vorgesehen ist, kann der Verbraucher aufgrund der Ausübung seines Widerrufsrechts nicht in Anspruch genommen werden“.

Am Schluss kann man noch eine kurze Bewertung machen: Der europäische Gesetzgeber hat mit Sicherheit die Rechtsvorschriften über Haustür- und Fernabsatzverträge verbessert, im Vergleich mit den alten Richtlinien zeichnet sich die Verbraucherrechterichtlinie durch Systematik und Wertmäßigkeit aus<sup>34</sup>.

Da sie aber technisch nicht ganz präzise ist, öffnen sich in verschiedenen Bereichen vielerlei Auslegungsmöglichkeiten, die sich nicht unbedingt zu einer Steigerung des Verbraucherschutzes orientieren. Bei der Analyse der Vorschriften, welche diese Aspekte des Widerrufsrecht betreffen, sollte man immer im Auge behalten, dass die Richtlinie über Rechte der Verbraucher den Mitgliedstaaten keine Möglichkeit einräumt, von ihren Bestimmungen abweichende innerstaatliche Rechtsvorschriften aufrechtzuerhalten oder einzuführen, die strengere oder weniger strengere zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutzniveau sind<sup>35</sup>.

Es ist also zu schauen, wie die Mitgliedstaaten ihren Umsetzungsspielraum ausnutzen werden. Es gibt nämlich die Möglichkeit, dass es in einigen Mitgliedstaaten jedenfalls zu einer Steigerung des Schutzniveaus kommt. In anderen Mitgliedstaaten – wie in Deutschland – mag es sein, dass die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie eine Absenkung des Schutzniveaus des Verbrauchers verursacht.

---

<sup>34</sup> So auch UNGER, *die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher – Eine Systematische Einführung*, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 2012, S. 303.

<sup>35</sup> So RIEHM, *Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien, Vollharmonisierung im Privatrecht*, Tübingen 2009, S. 83f.

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Persona e Mercato*, a cura di VETTORI, Padova 1996
- AA.VV., *Attuazione della direttiva 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, Commentario al d.lg. n. 50192*, a cura di LIPARI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993
- AA.VV., *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, a cura di BOCCHINI, Torino 2003
- AA.VV., *L'armonizzazione del diritto privato europeo*, a cura di MELI - MAUGERI, Milano, 2004
- AA.VV., *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di CASTRONOVO - MAZZAMUTO, Milano 2007
- AA.VV., *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, a cura di HOWELLS - SCHULZE, Berlin, 2009
- AA.VV., *Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa?*, a cura di JUD - WENDEHORST, Wien, 2009
- AA.VV., *Perspectives for European Consumer Law. Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond*, a cura di SCHULTE-NÖLKE/ TICHY, Berlin, 2010
- AA.VV., *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?*, a cura di STÜRNER, Berlin, 2010
- ALBANESE A., *Commento all'art. 67-duodecies*, in AA.VV., *Codice ipertestuale del consumo*, a cura di FRANZONI, Torino 2008
- ALESSI R., *Consensus ad idem e responsabilità contrattuale*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di MAZZAMUTO, Torino 2002
- ALESSI R., *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, *Eur. dir. priv.*, 2000
- ALESSI R., *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di CASTRONOVO - MAZZAMUTO, Milano 2007
- ALESSI R., *Regole di responsabilità e contrattazione veloce*, Milano 2004
- ALLARA M., *La teoria generale del contratto*, Torino 1955
- ALLARA M., *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino 1952
- ALPA G. - ANDENAS M., *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA - ZATTI, Milano 2005
- ALPA G.- CONTE G., *Riflessioni sul progetto di common frame of reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in *Riv. dir. civ.*, 2008

- ALPA G., *Commento al D.lgs. n. 185/1999*, in *Contr.*, 1999
- ALPA G., *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, commento al d.leg. 19 agosto 2005 n. 190 - Attuazione della direttiva 2002/65/Ce relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, in *Contr.*, 2005
- ALPA G., *Ius poenitendi e acquisto di valori mobiliari*, in *Riv. soc.*, 1987
- ALPA G., *Lineamenti di diritto contrattuale*, in AA.VV., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Bari 2004,
- ALPA G., *Sei voci sul «codice del consumo» italiano*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006
- ALPA G., *Un codice europeo dei contratti: quali vie di uscita?*, in *Vita not.*, 2007
- AMATO C., *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori*, Milano 2003
- ANNUNZIATA F. – GUFFANTI E., *Il recesso nei contratti finanziari a distanza*, in *Corr. giur.*, 2006
- ARTZ M., *Die “Vollständige Harmonisierung” des Europäischen Verbraucherprivatrechts*, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2009
- ARTZ M., *Vorschlag für eine vollharmonisierende Horizontalrichtlinie zum Verbraucherrecht*, in *Vollharmonisierung im Privatrecht*, a cura di GSELL-HERRESTAHL, Tübingen 2009
- ASTONE F., *Commentario al Decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50*, a cura di LIPARI, in *Nuov. leggi civ. comm.*, 1993
- ASTONE F., *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Trattato di diritto privato europeo IV*, a cura di LIPARI, Padova 2003
- APELLI M., *Il problema della sindacabilità della decisione di esercizio dello jus poenitendi attribuito ex lege al consumatore*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2001,
- APELLI M., *Sempre gratis il recesso del risparmiatore nei contratti a distanza?*, in *La resp. civ.*, 2005
- BALDUS C., *Biens et services, goods and services: analytisch, systematisch oder gar nichts?*, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2008
- BALLARINO T., *Dalla convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I*, *Riv. dir. internaz.*, 2009
- BALZARINI P., *Attuazione della direttiva sulla vendita a distanza di servizi finanziari*, in *Riv. soc.*, 2005

- BARBA A., *Sub art. 143 c.cons.*, in *Commentario al Codice del consumo*, a cura di CUFFARO-BARENGHI-BARBA, Milano 2008
- BARCELLONA P., *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965
- BARGELLI E., «*Sinallagma rovesciato*» e ripetizione dell'indebito. *L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008
- BARGELLI E., *Il sinallagma rovesciato*, Milano 2010
- BASEDOW J., *Codification of Private Law in the European Union. The Making of the Hybrid*, *Eur. rev. priv. law*, 2001, p. 35 ss.;
- BASEDOW J., *Un comune diritto dei contratti per il mercato comune*, *Conr. e impr./Eur.*, 1997
- BASTIANON S., *Prime osservazioni sulla direttiva 97/7/CE in tema di contratti a distanza*, *Resp. civ. prev.*, 1997
- BATTELLI E., *Sub art. 48 c.cons.*, in *Commentario al Codice del Consumo*, a cura di ALPA - .ROSSI CARLEO, Napoli, 2005
- BELLANTUONO G., *Gli effetti del recesso nella negoziazione fuori dei locali commerciali*, in *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, a cura di JANNARELLI, Napoli, 1995
- BENACCHIO G., *Diritto privato delle Comunità europee*, Padova 2008
- BENACCHIO G., *La corte di giustizia tra armonizzazione e unificazione del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2006
- BENEDETTI G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano 1969
- BENEDETTI G., *Il contratto*, in VETTORI, *Persona e Mercato*, Padova 1996
- BENEDETTI G., *La formazione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di CASTRONOVO-MAZZAMUTO, Milano 2007
- BENEDETTI, A.M., *La difesa del consumatore dal contratto: la natura «ambigua» dei recessi di pentimento*, in Roppo, *Annuario del contratto*, 2011, Torino 2012.
- BENINI G., *Collocamento "fuori sede" di quote di fondi di investimento immobiliare e recesso del cliente-consumatore: direttiva n. 85/577/CEE, codice del consumo e t.u.f.*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2010

- BENINI G., *Sub art. 47 c.cons.*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO - ZACCARIA, Padova 2010
- BERNARDI G., *Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (commento al d.leg. 9 aprile 2003 n. 70)*, in *Nuov. leggi civ. comm.*, 2003
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, Torino 1960
- BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Milano 2000
- BIANCA C.M., *La responsabilità*, in *Diritto civile*, V, Milano 1995
- BIGLIAZZI GERI L., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano 1967
- BIGLIAZZI GERI L., voce «Buona fede nel diritto civile», in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino 1988
- BIN M., *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. impr./Eur.*, 1996
- BITTNER S., *Bürgschaft, Haustürgeschäft, Haustürwiderrufsrichtlinie*, in *Betriebs-Berater*, 2004
- BOCCHINI F., *Il regime dei rischi nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, I, a cura di BOCCHINI, Torino 2003
- BOCCHINI F., *La somministrazione di servizi*, Padova 1999
- BOCCHINI F., *La vendita di cose mobili*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da SCHLESINGER e ora diretto da BUSNELLI, Milano, 2004
- BOEMKE B., *Das Widerrufsrecht im allgemeinen Verbraucherschutzrecht und seine Ausübung in der Zwangsvollstreckung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1997
- BRAVO F., *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, Milano 2002
- BRAVO F., *Nozione di «servizi finanziari» di cui al d.leg. n. 190 del 2005 sulla «commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori» e collocabilità della disciplina nel codice del consumo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007
- BRECCIA U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano 1968
- BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA - ZATTI, Milano 1991

- BRECCIA U., *Ripetizione dell'indebito*, Milano 1974
- BRECHMANN W., *Die richtlinienkonforme Auslegung – Zugleich ein Betrag zur Dogmatik der EG-Richtlinie*, München 1994
- BRÖNNEKE T., *Neue Maßstäbe im Verbraucherrecht: Das Fernabsatzgesetz*, in *Verbraucher und Recht* 2000
- BROX H. - WALKER W.D., *Allgemeines Schuldrecht*, München 2007
- BÜLOW P. - ARTZ M., *Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000
- BÜLOW P., Sub § 7 VerbrKrG, in *Kommentar zum Verbraucherkreditgesetz*, Heidelberg 1993
- BÜBER J., *Das Widerrufsrecht des Verbrauchers: das verbraucherschützende Vertragslösungsrecht im europäischen Vertragsrecht*, Frankfurt am Main, 2001
- CAFAGGI F., *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, Padova 2003
- CALDERALE A. - VITI D., *Condizioni e modalità di esercizio del recesso*, in *Le vendite aggressive, Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, a cura di JANNARELLI, Napoli 1995
- CALLEGARI D., *Il recesso unilaterale dal contratto*, Torino 1939
- CALVO R., *I contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXXIV, diretto da GALGANO, Padova 2005
- CANALE G., in *Commentario al Decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50*, a cura di LIPARI, in *Nuov. leggi civ. comm.*, 1993
- CANARIS C.W., *L'inadempimento nel «codice europeo dei contratti»*, in *Riv. dir. civ.*, 2008
- CAP V., *Grundsätzliches zur Verbraucherrechte-Richtlinie: Entstehung, Anwendungsbereich, Zentralbegriffe, Harmonisierungsgrad*, in *Richtlinie über die Rechte der Verbraucher*, Wien 2012
- CAPECCHI G., *Il decreto legislativo 26 marzo 2010 n. 59 di attuazione della «direttiva servizi»*, in *Dir. comm. internaz.*, 2010
- CARDANO V., *Hinsendekosten der Ware bei einem Fernabsatzvertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 15.4.2010, C-511/08 - Heinrich Heine GmbH/ Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2010
- CARTELLA M., *La disciplina dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, *Giur. comm.*, 1992

- CASTETS-RENARD C., *La proposition de directive relative aux droits de consommateurs et la construction d'un droit européen des contrats*, in *Recueil Dalloz*, 2009
- CATAUDELLA A., *I contratti parte generale*, Torino 2000
- CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano 1966
- CATAUDELLA A., voce «*Fattispecie*», in *Enc. dir.*, XVI, Milano 1967
- CERINI D., *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori: lieto fine comunitario nella direttiva 2002/65/CE*, in *Dir. ed economia ass.*, 2003
- CERTA P., *Widerruf und schwebende Unwirksamkeit nach den Verbraucherschutzgesetzen*, Mannheim 2000
- CHERUBINI M. C., *Sul c. d. diritto di ripensamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1999
- CHERUBINI M. C., *Tutela del «consumatore debole» nella formazione del consenso*, Torino 2005
- CHERUBINI., *Ius poenitendi*, in *Enc. giur.*, Milano 2007
- CHINÈ G., *Il diritto contrattuale europeo: riflessioni a margine di un tentativo di ricostruzione sistematica*, in *Lezioni di diritto privato europeo*, a cura di Alpa-Capilli, Padova 2007
- CHINÉ G., *Il diritto comunitario dei contratti*, in *Il diritto privato dell'Unione europea, Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, Torino 2006
- CIAN G., *Il BGB e la civilistica italiana. Attualità e ragioni di un confronto*, in *Riv. dir. civ.*, 1996
- CIAN G., *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003
- CIAN G., *Sub art. 14 preleggi*, in *Commentario breve al Codice civile*, a cura di CIAN - TRABUCCHI, Padova 2009
- CICALA R., *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli 1968
- CICOGNA S., *Jus poenitendi come mezzo di tutela della libertà e della ponderatezza del consenso*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, 1998
- CICORIA C., *Il diritto di recesso dai contratti porta-a-porta il caso delle "Schrottimmobilien" in Germania*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006
- CINQUE M., *Sub art. 54 c.cons.*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO - ZACCARIA, Padova, 2010

- COING H., *Vorbemerkung zu §§ 145 ff. BGB*, Rn 30, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin 1957
- COLOSIMO B., Sub art. 48 c.cons., in *Commentario al Codice del consume*, a cura di VETTORI, Padova 2007
- COLOSIMO B., Sub art. 55 c.cons., in *Commentario al Codice del consume*, a cura di VETTORI, Padova 2007
- COLOSIMO B., Sub art. 66-67 c.cons., in *Commentario al Codice del consume*, a cura di VETTORI, Padova 2007
- COMANDÈ G., *Al via l'attuazione della direttiva sul commercio elettronico, ma... serve un maggiore coordinamento*, in *Danno e resp.*, 2003
- CONTI R., *Corte di giustizia, danno da vacanza rovinata e viaggi "su misura". Ancora due vittorie per i consumatori*, in *Corr. Giur.*, 2002
- CORSO G., *Mutuo riconoscimento e norma applicabile, La competizione tra ordinamenti giuridici, Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, a cura di PLAIA, Milano, 2007
- CRESCIMANNO V., *Obblighi di informazione del fornitore di servizi finanziari e nullità del contratto: la disciplina francese tra code de la consommation e code civil*, in *Eur. dir. priv.*, 2008
- CUFFARO V., *Dopo il codice del consumo: la disciplina della commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Contr. Impr.*, 2007
- D'ACUNTO S., *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Milano 2009.
- D'AMICO G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002
- D'AVANZO W., voce «*Recesso (dir. civ.)*», in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967
- D'ONOFRIO P., *Arricchimento senza causa*, in *Commentario del Codice civile Scialoja - Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1981
- DE CRISTIOFARO G., *Il "Codice del consumo"*, in *Nuov. leggi civ. comm.*, 2006
- DE CRISTOFARO G., *La direttiva 2011/83/UE sui «diritti dei consumatori»: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in *Annuario del contratto 2011*, Torino 2012
- DE CRISTOFARO G., *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Studium iuris*, 1999

- DE CRISTOFARO G., *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Studium iuris*, 1999
- DE CRISTOFARO G., *Contratti aventi ad oggetto «servizi finanziari» stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d.legisl. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE*, in *Studium iuris*, 2006
- DE CRISTOFARO G., *Contratti aventi ad oggetto «servizi finanziari» stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d. legisl. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2006
- DE CRISTOFARO G., *Il «Codice del consumo»: un'occasione perduta?*, in *Studium iuris*, 2005
- DE CRISTOFARO G., in *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione «completa» delle disposizioni nazionali concernenti «taluni aspetti» dei «contratti di credito ai consumatori»*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 269.
- DE CRISTOFARO G., *La disciplina unitaria del «diritto di recesso»: ambito di applicazione, struttura e contenuti essenziali*, in DE CRISTOFARO, *I principi del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Torino 2009
- DE CRISTOFARO G., *Sub art. 45 c.cons.*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO - ZACCARIA, Padova, 2010
- DE CRISTOFARO G., *Sub art. 46 c.cons.*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO - ZACCARIA, Padova, 2010
- DE CRISTOFARO, *Sub art. 143 c.cons.*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO - ZACCARIA, Padova, 2010
- DE FRANCESCHI A., *Il foro europeo della materia contrattuale alla luce delle recenti acquisizioni della Corte di giustizia e delle Sezioni unite, Int'l Lis*, 2010
- DE FRANCESCHI A., *sub art. 24*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO - ZACCARIA, Padova, 2010
- DE MARZO G., *I contratti a distanza*, Milano 1999
- DE MARZO G., *I contratti a distanza*, Milano, 1999
- DE NOVA G., *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificatamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1976
- DE NOVA, *voce «Recesso»*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1997
- DE VITIIS C., *Sub Art. 67-septies decies c.cons.*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO - ZACCARIA, Padova, 2010

- DELFINI F., *Il d.leg. 70/2003 di attuazione della direttiva 2000/31/Ce sul commercio elettronico (commento al d.leg. 9 aprile 2003 n. 70)*, in *Contr.*, 2003
- DELOGU L., *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: la situazione a un anno dalla sua presentazione*, in *Contr. impr./Eur.*, 2009
- DI MAJO A., *Causa del contratto*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto privato*, a cura di BESSONE, Torino, 2005
- DI MAJO A., *I «Principles» dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1995
- DI MAJO A., *La nullità, ne Il contratto in generale*, tomo VII, in *Trattato diritto privato*, diretto da BESSONE, vol. XIII, Torino, 2002
- DI MAJO A., *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, in *Corr. giur.*, 2005
- DI MAJO., *Delle obbligazioni in generale, art. 1173 – 1176*, in *Commentario del Codice civile Scialoja - Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1988
- DI NELLA L., *Le pratiche commerciali «aggressive»*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di DE CRISTOFARO, Torino 2008
- DOEHNER R., *EuGH: Immaterieller Schadensersatz bei Pauschalreisen, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002
- DONNARUMMA M., *I contratti con il consumatore*, in *Il contratto*, a cura di FAVA, Milano 2012
- DÖRNER H., *L'integrazione delle leggi per la tutela del consumatore all'interno del BGB*, in *Contr. impr./Europ.*, 2004
- DRAETTA U., *La protezione dei consumatori e i servizi finanziari forniti a distanza: la legge italiana di attuazione della direttiva comunitaria*, in *Dir. comm. internaz.*, 2005
- EDELMANN H., *EuGH: Kein grenzenloser Verbraucherschutz*, in *Betriebs-Berater*, 2008
- EIDENMÜLLER H. - FAUST F. - GRIGOLEIT H. - JANSEN N. - WAGNER G. - ZIMMERMANN R., *Revision des Verbraucher-acquis*, Tübingen, 2011
- FALCONIO D., *Il recesso del consumatore*, in *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, a cura di BOCCHINI, Torino 2003
- FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941
- FARNETI M., *Sub art. 64 c.cons.*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO - ZACCARIA, Padova, 2010

- FARNETI M., Sub *art. 65 c.cons.*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO - ZACCARIA, Padova, 2010
- FARNETI M., Sub *art. 67 c.cons.*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO - ZACCARIA, Padova, 2010
- FARNETI, Sub *art. 48 c.cons.*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO - ZACCARIA, Padova, 2010
- FERRARI C., *Ipotesi di qualificazione per il «recesso» del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010
- FERRERI S., *L'intervento dell'unione europea a tutela dei consumatori e le possibili reazioni di sustrato negli stati membri*, *Riv. dir. civ.*, 2002
- FERRI G.B., *Introduzione alla invalidità*, in *Il contratto in generale, Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, XIII, Torino, 2002
- FERRI G.B., *La vendita in generale. Le obbligazioni del venditore. Le obbligazioni del compratore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, XI, Torino 2000
- FERRO G.B., *La vendita «porta a porta»*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 1998
- FISCHER A. - MACHUNSKY J., Sub § 5 HWiG, in *Haustürwiderrufsgesetz, Kommentar*, Berlin 1995
- FISCHER N., *Gemeinschaftsrechtskonforme Rückabwicklung von Haustür-"Schrottimmobilien"-Geschäften*, *Der Betrieb*, 2005
- FÖHLISCH C. - BUCHMANN F., *"Globales Leihhaus Internet" statt Onlinehandel?*, in *Multimedia und Recht*, 2010
- FÖHLISCH C. - DYAKOVA T., *Fernabsatzrecht und Informationspflichten im Onlinehandel Anwendungsbereich nach dem Referentenentwurf zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie*, in *Multimedia und Recht*, 2013
- FÖHLISCH C., *Das Widerrufsrecht im Onlinehandel*, München, 2009
- FRAGOLA M., *La Corte di giustizia riconosce la risarcibilità del danno morale "da vacanza rovinata" alla luce dell'ordinamento comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2002
- FRANZEN M., *Der EuGH und das Bürgerliche Recht: dargesellt am Beispiel der EuGH-Urteile "Dietzinger" und "Draehmpaehl"*, in *Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag*, München, 2001
- FRANZEN, *Der EuGH und das Bürgerliche Recht: dargesellt am Beispiel der EuGH-Urteile "Dietzinger" und "Draehmpaehl"*, in *Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag*, München, 2001

- FRANZONI M., *Degli effetti del contratto, I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da SCHLESINGER e ora diretto da BUSNELLI, Milano, 1998
- FRATERNALE A., *I contratti a distanza*, Milano 2002
- FRATTINI F., *Un «codice europeo dei contratti»: un'altra tappa verso la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea?*, in *Riv. dir. civ.*, 2007
- FUCHS A., *Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrechts*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2000
- FUCHS A., *Zur Disponibilität gesetzlicher Widerrufsrechte im Privatrecht – unter besonderer Berücksichtigung der Widerrufsrechte nach §§ 7 VerbrKrG, 168 S. 2 und 130 Abs. 1 S. 2 BGB*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1996
- FURGIUELE L., *Contratti a conclusione telematica, Diritto dei consumatori e nuove tecnologie, I*, Torino
- FUSARO A., *La vendita a domicilio*, in *I contratti in generale*, a cura di ALPA – BESSONE, Torino, 1991
- GABRIELLI E.– ORESTANO A., voce «*Contratti del consumatore*», in *Dig. disc. priv.*, sezione civile, Aggiornamento, Torino, 2000
- GABRIELLI G. – PADOVINI F., voce «*Recesso*» in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988
- GABRIELLI G., *L'attuazione in germania e in italia della direttiva europea sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Eur. dir. priv.*, 2000
- GABRIELLI G., *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985
- GAIER R., *Sub vor § 346 BGB*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München 2003
- GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU-MESSINEO, continuato da MENGONI e ora diretto da SCHLESINGER, 1988
- GALGANO F., *La clausola di gradimento, i patti parasociali e la categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contr. Impr.*, 1997
- GALGANO F., *Recesso unilaterale e principio di esecuzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1963
- GALGANO F., *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, in *Commentario del Codice civile Scialoja - Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1998
- GALGANO F., *Sub art. 1373 c.c.*, in *Commentario al codice civile Scialoja - Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1993

- GAUL H.F., *Die Ausübung privater Gestaltungsrechte nach rechtskräftigem Verfahrensabschluß – ein altes und beim „verbraucherschützenden“ Widerrufsrecht erneut aktuell gewordenen Thema*, in *Festschrift für Knobbe-Keuk*, Köln 1997
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli 2011
- GEBAUER M., *Vollharmonisierung und Wertungs-Kohärenz der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung*, in *Vollharmonisierung im Privatrecht*, a cura di GSELL-HERRESTAHL, Tübingen 2009
- GELLI P., in *Commentario al Decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50*, a cura di LIPARI, in *Nuov. leggi civ. comm.*, 1993
- GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contr.*, 2006
- GENTILI A., *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001
- GENTILI A., *Le invalidità*, in *I contratti in generale, Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO -GABRIELLI, Torino, 1999
- GENTILI A., *L'inefficacia delle clausole abusive*, *Riv. dir. civ.*, 1997
- GERNHUBER J., *Verbraucherschutz durch Rechte zum Widerruf von Willenserklärungen – Eine rechtsdogmatische Studie, Wertpapier-Mitteilungen*, 1998
- GIAMPETRAGLIA R., *Il diritto di recesso nel codice del consumo*, in *Notariato*, 2007
- GIAMPETRAGLIA R., *Sub art. 65 c.cons.*, in *Commentario al Codice del consumo*, a cura di Alpa - Rossi Carleo, Napoli 2005
- GIAMPICCOLO G., *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, Milano 1975
- GIAMPICCOLO G., *La dichiarazione ricettizia*, Milano 1959
- GIOIA G., *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999
- GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova 2007
- GIROLAMI M., *Sub art. 129 c.cons.*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO - ZACCARIA, Padova, 2010
- GIURGOLA M., *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari: l'epilogo di una lunga attesa*, in *Società*, 2003

- GORGONI M., *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino 2005
- GRANIERI M., *Natura accessoria della fideiussione nei contratti conclusi fuori dei locali commerciali*, in *Corr. giur.*, 1998
- GRANIERI M., *Natura accessoria della fideiussione nei contratti conclusi fuori dei locali commerciali*, in *Corr. giur.*, 1998
- GRECO F., *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005
- GRISI G., *La prestazione on line di servizi e prodotti finanziari*, in *Eur. dir. privato*, 2001
- GRISI G., *Lo jus poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001
- GSELL B., *Vollharmonisiertes Verbraucherkaufrecht nach dem Vorschlag für eine Horizontalrichtlinie*, in *Vollharmonisierung im Privatrecht*, a cura di GSELL - HERRESTAHL, Tübingen 2009
- GUERINONI E., *Sub art. 64 c.cons.*, in *Commentario al Codice del consumo*, a cura di CUFFARO-BARENGHI-BARBA, Milano 2008
- GUERINONI E., *Sub art. 66 c.cons.*, in *Commentario al Codice del consumo*, a cura di CUFFARO-BARENGHI-BARBA, Milano 2008
- HABERSACK M. - MAYER C., *Der Widerruf von Haustürgeschäften nach der „Heininger“-Entscheidung des EuGH*, *Wertpapier-Mitteilungen*, 2002
- HADDING W., *Zur Rückabwicklung nach einem verbraucherschützenden Widerruf der Vertragserklärung*, in *Festschrift für Erich Brandner*, Köln 1996
- HALL E. - HOWELLS G. - WATSON J., *The Consumer Rights Directive – An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, 2012
- HÄRTING N., *Sub § 5 Fernabsatzgesetz, Kurzkommentar*, Köln 2000
- HÄUBLEIN M., *Erlöschen von verbraucherschützenden Widerrufsrechten nach beiderseits vollständiger Leistungserbringung?*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2008
- HEINRICHS H., *Sub vor § 104 BGB*, in *Palandt BGB*, München, 2007
- HEINRICHS H., *Sub vor § 346 BGB*, in *Palandt BGB*, München 2002
- HENRICH D., *La libertà contrattuale e il consumatore*, in *Diurni-Henrich, Percorsi europei di diritto privato comparato*, Milano 2006

- HENRICH D., *Verbraucherschutz: Vertragsrecht im Wandel*, in *Festschrift für Medicus*, Köln - Berlin - Bonn - München, 1999
- HERMANN M., *Verbraucherrechte gestärkt: Versandkosten sind bei Widerruf eines Fernabsatzgeschäftes dem Verbraucher zu erstatten*, *European Law Reporter*, 2010
- HESSELINK M., *La dimensione politica di un codice civile europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006
- HOFFMANN J., *Die EuGH-Entscheidungen "Schulte" und "Crailsheimer Volksbank": Ein Meilenstein für den Verbraucherschutz beim kreditfinanzierten Immobilienerwerb?*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2005
- HOFFMANN J., *Realkredite im Europäischen Verbraucherschutzrecht*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002
- HONDIUS E., *The Proposal for a European Directive on Consumer Rights: A Step Forward*, in *European Review of Private Law*, 2010
- HONDIUS E., *The Proposal for a European Directive on Consumer Rights: A Step Forward*, in *European Review of Private Law*, 2010
- IORIATTI FERRARI E., *Codice civile europeo - Il dibattito, i modelli, le tendenze*, Padova 2006;
- JACOMETTI V., *Terminologia giuridica e armonizzazione del diritto europeo dei contratti - ius poenitendi del consumatore nelle direttive comunitarie e nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2007
- JANNARELLI A., *La tutela nella negoziazione fuori dai locali commerciali*, in *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, a cura di JANNARELLI, Napoli 1995
- JAUERNIG O., *Vorbemerkung zu § 145 BGB*, in *Kommentar zum BGB*, München 1997
- KAISER D., *Sub § 355 BGB*, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin 2012
- KIEFER T., *Gewährleistungsrechte ohne Vertrag? - Zu den Gewährleistungsansprüchen des nichtbelehrten Abzahlungskäufers*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1989
- KLAUSS H. - OSE L., *Sub § 1b AbZG*, in *Verbrauchercreditgeschäfte*, Berlin 1998
- KLEINSCHMIDT J., *Der Verzicht im Schuldrecht*, Tübingen 2004
- KLINGSPORN-REBMAN, *Sub § 7 VerbrKrG*, in *Erman Handkommentar zum BGB*, Münster 1993
- KNÜTEL R., *Widerruf und Widerrufsbelehrung in § 1 b AbzG*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1985

- KÖHLER H., *Sub § 4 UWG, Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen*, in *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG mit PAngV, UKlaG, DL-InfoV*, a cura di KÖHLER - BORNKAMM, München 2013
- KOPPENFELS K., *Das Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen im BGB – eine Untersuchung des § 355 Abs. 1 BGB - RegE*, in *Wertpapier-Mitteilungen*, 2001
- KRÄMER G., *Der Verzicht auf das verbraucherschützende Widerrufsrecht und die Rueckbeziehung der Vertraglichen Pflichten*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1997
- KROLL K., *Vertragserfüllung als zeitliche Grenze des verbraucherschützenden Widerrufsrechts*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2008
- KROPHOLLER V.J., *Sub § 355 BGB*, in *Studienkommentar zum BGB*, München 2000
- LANDO O., *Some Features of the Law of Contract in the Third Millenium*, in ALPA – DANONI, *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori. L'integrazione europea e il processo civile*, Milano 2003
- LANZARA O., *Sub art. 48 c.cons.*, in *Commentario al codice del consumo - Inquadramento sistematico e prassi applicativa*, Stanzione - Sciancalepore (a cura di), Milano, Milano 2006
- LARENZ K. - WOLF M., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, München, 1997
- LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin 1991
- LEHMANN M. - DE FRANCESCHI A., *Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Rass. dir. civ.*, 2012
- LETTL T., *Wettbewerbsrecht*, München 2009
- LONGHINI P., *Servizi finanziari telematici. La tutela di investitori, risparmiatori ed assicurati: commento al d.leg. 19 agosto 2005 n. 190*, Milano, 2006
- LOOSCHELDERS D., *Begrenzung des Haustür-Widerrufsrechts trotz fehlerhafter Belehrung bei vollständiger Vertragsabwicklung: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 10.4.2008, C-412/06 - Annelore Hamilton /Volksbank Filder eG*, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2008
- LORELLO L., *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino 1998
- LORENZ S., *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, München 1997
- LORENZ S., *Die Lösung vom Vertrag, insbesondere Rücktritt und Wideruff*, in *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, a cura di SCHULZE/SCHULTE-NÖLKE, Tübingen 2001

- LORENZ S., *Im BGB viel Neues: Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie*, in *Juristische Schulung*, 2000
- LORENZ S., *Schwebende Unwirksamkeit und Präklusion im Zwangsvollstreckungsrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995
- LOSIMO B., *Sub art. 64 c.cons.*, in *Commentario al Codice del consume*, a cura di VETTORI, Padova 2007
- LÖWE W., *Neurungen im Abzahlungsrecht – Zweites Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974
- LUKAS M., *Außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossene Verträge*, in *Neueordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa*, a cura di JUD-WENDEHORST, Wien 2009
- LUMINOSO A., *Il mutuo dissenso*, Milano 1980
- LUMINOSO A., *La compravendita*, Torino 2007
- LUMINOSO A., *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da CICU-MESSINEO, continuato da MENGONI e ora diretto da SCHLESINGER, Milano 1984
- LURGER B., *Widerrufsrechte*, in *Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher*, a cura di BYDLINSKI - LURGER, Wien 2012
- MACRÌ C., *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali: commento al D. lg. 15 gennaio 1992, n. 50*, Torino, 1998
- MAIER A., *Der Überrumpelungsschutz des nicht belehrten Verbrauchers in der aktuellen Schrottimmobiliens-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, in *Wertpapier-Mitteilungen*, 2008
- MANCALEONI A.M., *Contratti negoziati fuori dei locali commerciali ed efficacia delle direttive nell'ordinamento interno*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 1996
- MANCALEONI A.M., *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, Napoli, 2005
- MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano 1962
- MANES P., *Il diritto di pentimento nei contratti dei consumatori dalla legislazione francese alla normativa italiana di attuazione della direttiva 85/577*, in *Contr. impr./Eur.*, 1997
- MANKOWSKI P., *Schwebende Wirksamkeit unter § 361a BGB – Probleme, Reaktionsmöglichkeiten, Kritik und Korrektur*, in *Wertpapier-Mitteilungen*, 2001
- MARINELLI C., *I principi generali del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1994

- MARTINEK M. - SEMLER F.J. - HABERMEIER S., *Handbuch des Vertriebsrecht*, München, 2010
- MARTINEK M., Sub Art. 5 *Timesharing-RL*, in *Das Recht der Europäischen Union*, a cura di GRABITZ - HILF, München 2009
- MARTINEK M., *Verbraucherschutz im Fernabsatz – Lesehilfe mit Merkpunkten zur neuen EU-Richtlinie*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998
- MASTRO ROSA F.- SERRA M.P., *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
- MASUCH A., *Musterhafte Widerrufsbelehrung des Bundesjustizministeriums?*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002
- MAZZAMUTO S., *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998
- MAZZAMUTO S., *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2011
- MCKENDRICK E., *Harmonisation of European Contract Law: The State We Are In*, in *The Harmonisation of European Contract Law. Implications for European Private Laws, Business and Legal Practise*, a cura di in VOGENAUER-WEATHERILL, Oregon 2006
- MEDICUS D., *Die Lösung vom unerwünschten Schuldvertrag*, in *Juristische Schulung*, 1988
- MELLER-HANNICH C., *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, Tübingen 2005
- MENGONI L., *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa? Riv. critica d. priv.*, 1992
- MERLIN E., *Il foro speciale dei contratti di "compravendita di beni" nel Reg. 44/2001 non trova una definizione univoca nell'intervento della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2011
- MESSINEO F., voce «*Contratto (dir. priv.)*», in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961
- MESSINEO F., voce «*Contratto innominato (atipico)*», in *Enc. dir.* X, Milano, 1962
- MICKLITZ H.W. - SCHIRMBACHER M., Sub § 312g *BGB*, in *Recht der elektronischen Medien*, a cura di SPINDLER - SCHUSTER, München 2011
- MICKLITZ H.W. - REICH N., *Crónica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a «Directive on consumer rights»*, in *Common Market Law Review*, 2009
- MICKLITZ H.W. - SCHIRMBACHER M., Sub § 312d *BGB*, in *Recht der elektronischen Medien*, a cura di SPINDLER-SCHUSTER, München 2011
- MINERVINI E., voce «*Contratti a distanza*», *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 2004

- MINERVINI G., *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, Torino 1957
- MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, II, in *Commentario al codice civile*, UTET, Torino 1980
- MONTICELLI S., *L'indisponibilità dei diritti del consumatore nel Codice del consumo e la nullità dei patti*, in *Contr.*, 2007
- MÖRSDORF O., *Die Vereinbarkeit der deutschen Widerrufsfolgenregelung gemäß § 357 BGB mit der Fernabsatz-Richtlinie*, in *JuristenZeitung*, 2010
- MOSCARINI L.V., *Diritto di recesso e contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di VETTORI, Padova, 1999
- MOSCATI E., *Pagamento dell'indebito*, in *Commentario del Codice civile Scialoja - Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma 1981
- MOSCATI E., voce «*Indebito (pagamento dell')*», in *Enc. dir.*, XXI, 1971
- MÖSLEIN F., *Dienstleistungsvertrag*, in *Handwörterbuch des europäischen Privatrechts*, a cura di BASEDOW-HOPT-ZIMMERMANN, Tübingen 2009
- MUSOLINO G., Sub art. 2237 c.c., in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da SCHLESINGER e ora diretto da BUSNELLI, Milano 2009
- NANNA C.M., *Contratti stipulati fuori dei locali commerciali e diritto di ripensamento: in margine a un caso di ambiguità in ordine alla qualità di consumatore*, *Rass. dir. civ.*, 1998
- NATALI L.C., *Ius poenitendi e obbligo di restituzione nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Contr.*, 2006
- NETTESHEIM M., *Ersatzansprüche nach "Heininger"? Die Aufarbeitung mitgliedstaatlicher Vertragsverstöße im EU-Privatrecht*, in *Wertpapier-Mitteilungen*, 2006
- OLLMANN H., *Die schwebende Unwirksamkeit des Verbraucherkreditvertrages*, in *Wertpapier-Mitteilungen*, 1992
- OPPO G., *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1944
- OPPO G., *Impresa e mercato*, *Riv. dir. civ.*, 2001
- ORESTANO R., *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1992
- OSTI G., voce «*Contratto*», in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino 1959

- P. RESCIGNO, *Abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965
- P. TRIMARCHI, *Arricchimento senza causa*, Milano 1962
- PACILEO F., Sub art. 55 c.cons., in *Commentario al codice del consumo - Inquadramento sistematico e prassi applicativa*, a cura di Stanzione - Sciancalepore, Milano, Milano 2006
- PADOVINI F., *I contratti di credito ai consumatori. Il recesso e l'estinzione del rapporto*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2011
- PADOVINI F., *Il recesso*, ne *I Contratti in generale, Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO-GABRIELLI, II, Torino 1999
- PADOVINI F., *Integrazione del contratto e recesso unilaterale fra sistema nazionale e diritto comunitario*, in AA.VV. *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Napoli 2010
- PADOVINI F., *La qualità dei servizi fra responsabilità e certificazione*, in *Resp. civ. prev.* 2011
- PADOVINI F., *Risoluzione e recesso*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012
- PAGLIANTINI S., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010
- PAGLIANTINI S., *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino 2007
- PAGLIANTINI S., *La nuova disciplina del cd. ius variandi nei contratti bancari: prime note critiche*, in *Contr.*, 2011
- PARACAMPO M.T., *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari e la tutela del consumatore*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2003
- PARADISI D., *La direttiva Bolkestein: principi generali e campo di applicazione*, in *Disc. comm.*, 2010
- PATTI G., *Prodotti finanziari e contratti con i consumatori. Una recente pronuncia della Corte di giustizia a confronto con la securities law americana*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2011
- PATTI S., *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano 2007
- PELLEGRINI M., Sub art. 67ter c.cons., in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO - ZACCARIA, Padova, 2010
- PELLEGRINO S., *Le disposizioni attuative in materia di credito al consumo*, in *Obbligazioni e contratti*, 2011

- PELLEGRINO S., *Le nuove regole sui contratti di credito ai consumatori, Obbligazioni e contratti*, 2011
- PERFETTI F., *Prime riflessioni sul d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185 in materia di contratti a distanza*, in *Nuov. leggi civ. comm.* 2000
- PERFUMI C., *Disciplina consumeristica e contratto di spedalità*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010
- PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001
- PERLINGIERI P., *La responsabilità civile tra risarcimento e indennizzo*, in *Rass. dir. civ.*, 2004
- PFEIFFER T. - DAUCK A., *BGH-Rechtsprechung aktuell: Verbraucherkreditgesetz*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997
- PFEIFFER T., *Versandkostenklauseln in Versandhändler-AGB*, in *Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht*, 2008
- PIEKENBROCK A., *Haustürwiderruf und Vertragsreue*, in *Wertpapier-Mitteilungen*, 2006
- PILIA C., *Accordo debole e recesso del consumatore*, Milano 2008
- PINO A., *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova 1963, p. 139ss.;
- PISULINSKI J., *Vollharmonisierung im Systemvergleich*, in *Vollharmonisierung im Privatrecht*, a cura di GSELL-HERRESTAHL, Tübingen 2009
- PITTALIS M., *La clausola di ripensamento nell'autodisciplina delle vendite a domicilio*, in *Contr. Impr.*, 1990
- PONTIROLI L., *La disciplina del pagamento nella vendita a distanza dei servizi finanziari: prime considerazioni*, in *Banca borsa titoli di credito.*, 2006
- PÖTTERS S. - CHRISTENSEN R., *Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung und Wortlautgrenze*, in *JuristenZeitung*, 2011
- PRETELLI I., *Il regolamento comunitario sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)*, *Eur. dir. priv.*, 2009
- PRINCIGALLI A., *La tutela del consumatore*, in JANNARELLI, *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, Napoli 1995
- PURNHAGEN K., *Die Auswirkungen der neuen EU-Richtlinie auf das deutsche Verbraucherrecht*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2012

- PURNHAGEN K., *Die Auswirkungen der neuen EU-Richtlinie auf das deutsche Verbraucherrecht*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2012
- PUTTI P.M., in *Commentario a D. lgs. 15 gennaio 1992, n. 50, a cura di Lipari*, in *Nuov. leggi civ. comm.*
- PUTTI P.M., *L'invalidità nei contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, III, a cura di LIPARI, Padova 2003
- PUTZO, *Sub § 1 HausTWG*, in *Palandt Kommentar zum BGB*, München 1998
- R. CATALANO, *Servizi di investimento e tutela dei risparmiatori, Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, I, a cura di BOCCHINI, Torino, 2003
- RABITTI BEDOGNI C., *Sub art. 30 d. legis. n. 58/98*, in *Il testo unico della intermediazione finanziaria. Commentario al D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, a cura di RABITTI BEDOGNI, Milano, 1998
- RAGNO F., *La legge applicabile ai contratti con i consumatori: problemi di coordinamento e limiti dell'art. 6 regolamento Roma I*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010
- RANIERI F., *Dienstleistungsverträge: Rechtsgeschichte und die italienische Erfahrung*, in AA.VV., *Service contract*, Tübingen 2010
- RANIERI F., *Il Principio generale di buona fede*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di CASTRONOVO-MAZZAMUTO, Milano 2007
- RAVAZZONI A., *La formazione del contratto*, Milano 1966
- REALMONTE F., *La revoca della proposta e dell'accettazione*, in AA.VV., *Il contratto in generale*, Trattato di diritto privato, diretto da BESSONE XIII, 2, Torino, 2000
- REICH N., *Variationen des Verbraucherkaufrechts in der EU*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2011
- REICH N.- RÖRIG U., *Anmerkung zum Heininger- Urteil des EuGH vom 13.12.2001*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaft*, 2002
- REICH N., *Abzahlungsrecht und Verbraucherschutz*, in *JuristenZeitung*, 1975, p. 552.
- REICH N., *Competition between Legal Orders: a new Paradigm of EC Law?*, in *Comm. mark. law rev.*, 1992
- RENDE F., *Il recesso comunitario dopo l'ultima pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2009
- RESCIGNO P., voce «*Ripetizione dell'indebito*», in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino 1968

- RESTIVO C., *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in Pagliantini, *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino 2010
- REYET T. - ROCHFELD J. - PERES C., *La communautarisation des sources du droit – De l’harmonisation maximale – Proposition de directive-cadre du Parlement européen et du Conseil du 8 octobre 2008*, in *Revue des Contrats*, 2009
- RICCIO A., *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all’autonomia contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 1999
- RIEHM T., *Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien*, in *Vollharmonisierung im Privatrecht*, a cura di GSELL-HERRESTAHL, Tübingen 2009
- RING G., Sub § 312 BGB, in *Nomos Kommentar zum BGB*, Baden-Baden 2012
- RING G., Sub § 312d BGB, in *Nomos Kommentar zum BGB*, Baden-Baden 2012
- RIVA I., *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contr. impr./Eur.*, 2011
- RIVA SANSEVERINO L., *Della impresa*, in *Commentario al Codice civile Scialoja - Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1969
- RIVA-SANSEVERINO L., Sub art. 2237 c.c., *Commentario del Codice civile Scialoja - Branca*, a cura di GALGANO, Bologna - Roma, 1963
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969
- ROLLI R., *Il «Codice» e i «Codici» nella moderna esperienza giuridica: il modello del «Codice del Consumo»*, in *Contr. Impr.*, 2007
- ROMANO SALV., *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova 1955
- ROMANO SALV., *Proposta irrevocabile e promessa unilaterale (studio sulla formazione del contratto ex art. 1333 c.c.)*, in *Studi in memoria di Ascarelli*, IV, Milano 1969
- ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001
- ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA-ZATTI, Milano 2011
- ROPPO V., *Offerta al pubblico di valori mobiliari e tecniche civilistiche di protezione di risparmiatori investitori (in margine all’art. 12 l. 23 marzo 1983 n. 77)*, in *Giur. it.*, 1983
- ROPPO V., *Vendita a domicilio di valori mobiliari: formazione del contratto e recesso dell’investitore*, in *Contr. Impr.*, 1990

- ROSSELLO C., *La nuova disciplina del commercio elettronico. Principi generali e ambito di applicazione*, in Rossello - Finocchiaro - Tosi, *Commercio elettronico, Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, XXXII, Torino 2007
- ROSSI CARLEO L., *Il comportamento "ostativo" del professionista tra "ostacoli non contrattuali" e "ostacoli contrattuali"*, in *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di RABITTI BEDOGNI - BARUCCI, Torino, 2010
- ROTT P.- TERRY E., *The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2009
- ROTT P., *"Heininger" und die Folgen für das Widerrufsrecht*, in *Verbraucher und Recht*, 2002
- RUBINO D. - IUDICA G., *Sub art. 1671 c.c.*, in *Commentario del Codice civile Scialoja - Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 2007
- RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU-MESSINEO, continuato da MENGONI e ora diretto da SCHLESINGER, Milano 1971
- RUTGERS J.W./SEFTON-GREEN R., *La revisione dell'«Acquis» comunitario dei consumatori: uno sguardo dentro il cavallo di Troia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008
- SABBATELLI I., *Sub art. 67 terdecies c.cons.*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO - ZACCARIA, Padova, 2010
- SACCO R., *Conclusioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.* 1995
- SACCO R., *Il contratto nella prospettiva comparatistica*, in *Europ. dir. priv.*, 2001
- SACCO R., *La conclusione dell'accordo*, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto, Trattato di diritto privato*, diretto da SACCO, I, Torino 2004
- SACCO R., voce «*Conclusione del contratto mediante l'inizio dell'esecuzione*», in *Dig. disc. priv.*, 2010
- SAENGER I., *Sub § 312f BGB*, in *Erman, Kommentar zum BGB*, Münster 2011
- SANGIORGI S., *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano 1965
- SANGIORGI S., voce «*Recesso*», in *Enc. giur.* XXVI, Roma, 1991
- SANGIOVANNI V., *Il diritto di recesso nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Contr.*, 2009
- SANGIOVANNI V., *L'informazione del consumatore nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Dir. Internet*, 2008

- SANGIOVANNI V., *La nullità del contratto nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Corr. giur.*, 2008
- SANTINI G., *commercio e servizi, Due saggi di economia del diritto*, Bologna 1979
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1997
- SCALFI G., *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960
- SCALISI V., *L'invalidità e l'inefficacia*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di CASTRONOVO-MAZZAMUTO, Milano 2007
- SCALISI V., voce «*Inefficacia*», in *Enc. dir.*, XXI, Milano 1971
- SCANNICCHIO N. *Consumatori e conclusione dei contratti a distanza tra ordinamenti nazionali, direttive comunitarie e diritto comparato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994
- SCANNICCHIO N., *Il perfezionamento del contratto nel diritto privato europeo, Trattato di diritto privato europeo, III*, a cura di LIPARI, Padova 2003
- SCANNICCHIO N., *La vendita a distanza con mezzi di comunicazione istantanei, Le vendite aggressive, Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, a cura di JANNARELLI, Napoli 1995
- SCHAUER M., *Fernabsatzverträge*, in *Neueordnung des Verbraucherprivatrecht in Europa*, a cura di JUD-WENDEHORST, Wien-Manz, 2009
- SCHLESINGER P., «*Arricchimento (azione di)*», in *Noviss. dig. it. II*, 1974
- SCHMIDT-KESSEL M., *Der Vorschlag zur Horizontalrichtlinie im Kontext der Rechtsarmonisierung in Europa, Neueordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa*, a cura di JUD-WENDEHORST, Wien 2009
- SCHMIDT-KESSEL M., *Die Sprache (oder die Sprachen?) des Europäischen Privatrechts, in Einheit und Vielheit im Unternehmensrecht: Festschrift für Uwe Blaurock zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2013
- SCHMIDT-KESSEL M., *Zur Kollision von Informationspflichten aus EU-Richtlinien im Blick auf die Entwürfe zur Verbraucherrechterichtlinie*, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2011
- SCHMIDT-RÄNTSCH J., *Reintegration der Verbraucherschutzgesetze durch den Entwurf eines Schuldrechts- modernisierungsgesetzes*, in *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, a cura di SCHULZE/SCHULTE-NÖLKE, Tübingen 2001
- SCHULTE-NOLKE H./TWIGG-FLESNER C./EBERS M., *EC Consumer Law Compendium*, München 2007

- SCHWAB A.- GIESEMANN A., *Die Verbraucherrechte-Richtlinie: Ein wichtiger Schritt zur Vollharmonisierung im Binnenmarkt*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaft*, 2012
- SCHWARZENEGGER P., *Informationspflichten*, in *Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher*, a cura di BYDLINSKI – LURGER, Wien 2012
- SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1969
- SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Commentario del Codice civile Scialoja - Branca*, a cura di GALGANO, Bologna - Roma, 1970
- SEANGER I., Sub § 312d BGB, in *Erman Kommentar zum BGB*, Köln 2011
- SESTA L., *Danno da vacanza rovinata e danno morale contrattuale*, *Giur. it.*, 2002
- SINISCALCHI A.M., *Il recesso nel d.lgs. 50/92: differenze disciplinari in caso di fornitura di beni e prestazione di servizi*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di VETTORI, Padova 1999
- SMITS J., *Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights*, in *European Review of Private Law*, 2010
- SOMMA A., *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in materia di autonomia contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001
- STABENTHEINER J. - CAP V., *Die neue Verbraucherrechtlicherichtlinie. Neuerungen zum allgemeinen Vertragsrecht, Regelungsspielräume der Mitgliedstaaten, Umsetzung*, in *Österreichischer JuristenZeitung*, 2012
- STABENTHEINER V.J. - CAP V., *Die neue Verbraucherrechtlicherichtlinie. Werdegang, Geltungsbereich, "klassisches" Verbraucherschutzrecht*, in *Österreichische Juristen-Zeitung*, 2011
- STEIN P., *Norme fondamentali: in tema di accordo, contenuto, forma, interpretazione del contratto nel «codice europeo dei contratti»*, in *Riv. dir. civ.*, 2007
- STOPPA A., *Le vendite negoziate fuori dai locali commerciali*, in *La vendita e la permuta*, a cura di BIANCA, *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, Torino 1993
- TABELLINI T., *Il recesso*, Milano 1962
- TALAMANCA M., *Osservazioni sulla struttura del negozio di revoca*, in *Riv. dir. civ.*, 1964
- TAMBURINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano 1954
- TESCARO M., Sub art. 2 d.lgs. n. 70 del 2003, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO-ZACCARIA, Padova 2010

- THOLE A., *Das europäische verbraucherschützende Widerrufsrecht in §§ 355, 357 BGB*, Baden-Baden 2004
- THÜSING G., Sub § 312a BGB, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin 2013
- THÜSING G., Sub § 312c BGB, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin, 2013, Rn. 49,
- THÜSING G., Sub § 312d BGB, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin 2013
- THÜSING G., Sub § 312e BGB, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin 2013
- THÜSING G., Sub § 312f BGB, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin 2013
- TOMMASETTI C., *I negozi risolutivi di secondo grado e i contratti ad effetti reali, in Obbligazioni e contratti*, 2009
- TOMMASINI R., *Codice del consumo e ius poenitendi*, in PERLINGIERI - CATERINI, *Il diritto dei consumi*, III, Napoli 2007
- TOMMASINI R., *I servizi come beni*, in *Rass. dir. civ.*, 2012
- TONNER K. - TAMM M., *Der Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher und seine Auswirkungen auf das nationale Verbraucherrecht*, in *JuristenZeitung*, 2009
- TONNER K., *Der Umfang des Schadensersatzes nach der Pauschalreise-Richtlinie*, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 2003
- TORIELLO F., *La direttiva sulle vendite a distanza: prime note di commento*, in *Contr. impr./Eur.*, 1997
- TORRENTE A. - SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 1998
- TORRENTE A., *Del Lavoro*, in *Commentario al codice civile UTET*, V, 1, 1962
- TRABUCCHI A., voce «*Arricchimento*», in *Enc. dir.*, III, 1958
- TRIMARCHI P., *Arricchimento senza causa*, Milano 1962
- TROIANI U., Sub art. 48 c.cons., in *Codice del consumo, Commento al D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, a cura di ITALIA, Milano 2006
- TROIANI U., Sub art. 55 c.cons., in *Codice del consumo, Commento al D.lgs. 6 settembre 2005* a cura di ITALIA, Milano 2006
- TROIANO O., *Ambito di applicazione ed esclusioni nel D.lgs. 50/92*, in *Le vendite aggressive, Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, a cura di JANNARELLI, Napoli 1995

- TROIANO O., *Disciplina dei mercati e jus poenitendi nella contrattazione a distanza e in quella sorprendente*, in *Saggi di diritto privato europeo*, a cura di PARDOLESI, Napoli 1995
- TROIANO S., *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova 2005
- TROIANO S., Sub Art. 129, 3° co. c.cons., in *La vendita di beni di consumo*, a cura di BIANCA, Padova, 2006
- TROIANO S., *Vendita di beni di consumo: la responsabilità da “dichiarazioni pubbliche”*, in *La resp. civ.*, 2005
- TUCCI G., *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967
- UBERTAZZI B., *Il regolamento Roma I. sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano 2008
- ULMER P., Sub § 1 HausTWG, in *Münchener Kommentar*, München 1995
- ULMER P., Sub § 1b, AbzG, in *Münchener Kommentar*, München 1988
- ULMER P., Sub § 5 HWrG, in *Münchener Kommentar*, München 1995
- ULMER P., Sub § 7 VerbrKrG, in *Münchener Kommentar*, München 1995
- UNGER O., *Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher- eine systematische Einführung*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2012
- VALENTINO D., *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza*, in GABRIELLI-MINERVINI., *I contratti dei consumatori*, Torino, 2005
- VALENTINO D., *Recesso e vendite aggressive*, Napoli 1996
- VIGLIONE F., Sub art. 51 c.cons., in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO-ZACCARIA, Padova 2010
- VIGLIONE F., Sub art. 55 c.cons., in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO - ZACCARIA, Padova, 2010
- VILLANACCI G., *Manuale di diritto del consumo*, Napoli 2007
- WEATHERIL S., *Consumer protection under EU law ‘is not absolute’: yes, but be careful!*, *European Review of Contract Law*, 2012
- WENDEHORST C., *Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 2006
- WENDEHORST C., *Dauerbaustelle Verbrauchervertrag: Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2011

- WENDEHORST C., Sub § 312d BGB, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München 2007
- WENDEHORST C., Sub § 312d BGB, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München 2012
- WENDEHORST C., Sub § 312f BGB, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München 2007
- WHITTAKER S., *Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees: the Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of "Full Harmonisation"*, in *European Review of Contract Law*, 2009
- WILHELMSSON T., *Un'armonizzazione completa del diritto dei contratti del consumatore?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008
- ZACCARIA A., *Del pagamento dell'indebito*, in *Commentario breve al Codice civile*, a cura di CIAN-TRABUCCHI, Padova 2009
- ZACCARIA A., Sub art. 1327 c.c., in *Commentario breve al Codice civile*, a cura di CIAN-TRABUCCHI, Padova 2009
- ZACCARIA A., Sub art. 2041 c.c. in *Commentario breve al Codice civile*, a cura di CIAN-TRABUCCHI, Padova 2009
- ZAMBRANO V.- MONICA A., Sub artt. 64-67 c.cons., in *Commentario al codice del consumo - Inquadramento sistematico e prassi applicativa*, a cura di STANZIONE - SCIANCALEPORE Milano, Milano 2006
- ZENCOVICH Z., *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra « contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano 1994
- ZENCOVICH Z., *La tutela del fruitore di servizi finanziari resi attraverso reti telematiche*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, Milano, 2001
- ZIMMERMANN R., *Rückabwicklung nach Widerruf*, in *Revision des Verbraucher-Acquis*, Tübingen 2011
- ZORZI GALGANO N., *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, LXII, diretto da GALGANO, Padova 2012