



La tutela del consumatore quale strumento di regolazione del mercato. Il caso del recesso (*ius poenitendi*)



Andrea Dalmartello

SOMMARIO: **1.** Introduzione: il “*new deal for consumers*” e il trascurabile impatto sul recesso quale strumento di regolazione del mercato. – **2.** Omogeneità della disciplina e funzione regolatoria del recesso. Il problema della eterogeneità delle operazioni negoziali regolate. – **3.** Ancora sulla funzione dei recessi del consumatore in relazione all’eterogeneità delle fattispecie regolate. – **4.** Il recesso-rimedio. Omessa informazione al consumatore, lesione dell’interesse e uso opportunistico del recesso. – **5.** Considerazioni conclusive.

1. Introduzione: il “*new deal for consumers*” e il trascurabile impatto sul recesso quale strumento di regolazione del mercato

I recenti interventi legislativi (d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170¹, d.lgs. 4 novembre 2021, n. 173² e, da ultimo, d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26³) in materia consumeristica, attuativi del pacchetto di direttive “*New Deal for Consumers*” del 2019⁴, hanno arricchito in modo

¹ Sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita dei beni di consumo: v. PIRAINO, *La garanzia nella vendita di beni di consumo alla luce della disciplina riformata*, in *Europa dir. priv.*, 2023, 1 ss.

² Al riguardo si v. PAGLIANTINI, *L’attuazione minimalista della dir. 2019/770/ue: riflessioni sugli artt. 135 octies – 135 vicies ter c.cons. La nuova disciplina dei contratti b-to-c per la fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *NLCC*, 2022, 1500 ss.

³ Cfr., su alcuni profili della novella, DE CRISTOFARO, “*Rimedi*” privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. il recepimento nel diritto italiano dell’art. 11-bis della direttiva 2005/29/ce (comma 15-bis, art. 27 c.cons.), in *NLCC*, 2023, 441 ss.

⁴ Si fa riferimento in particolare alle direttive 2019/770/UE relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali; 2019/771/UE relativa a determinati

non trascurabile obiettivi e strumenti della disciplina europea in materia di protezione del consumatore, senza, tuttavia, mutare la natura regolatoria dell'intervento europeo⁵, in virtù della quale la disciplina privatistica e la tutela della parte protetta sono strumenti diretti a incidere sugli assetti di mercato e sulle decisioni del professionista relative all'organizzazione dell'attività e, in particolare, a modalità e contenuti dell'interlocuzione e della contrattazione con la clientela. La protezione del consumatore, nello specifico contesto dei mercati digitali, connotati da una peculiare vulnerabilità del medesimo e in relazione al tema sostenibilità, specie ambientale, delle scelte di consumo costituiscono profili che un moderno diritto dei consumi non poteva più ignorare⁶.

È, pertanto, per certi versi sorprendente che, nell'ambito di un profondo ripensamento delle politiche perseguite dalla disciplina consumeristica, non vi sia stato spazio per modifiche – se non di dettaglio – a una delle più risalenti tecniche di protezione degli interessi del consumatore, nel contesto del diritto privato regolatorio, vale a dire la facoltà di sciogliere unilateralmente il contratto. A questo riguardo, è la *Consumer Rights Directive* del 2011⁷ – pure emendata nel 2019⁸ –, a dispetto dell'auspicio di molti di trasformarla in un *bill of rights* del consumatore, a costituire l'ultimo tentativo del legislatore europeo di razionalizzazione⁹ dell'*acquis* relativo alla disciplina del recesso. Nell'inter-

aspetti dei contratti di vendita di beni, che ha abrogato la dir. 1999/44/CE e alla c.d. direttiva omnibus direttiva 2019/2161/UE, che ha modificato le dir. 93/13/CEE e 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE per assicurare una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori. Per un'elencazione analitica di tutti i più recenti interventi europei in materia consumeristica v. DE CRISTOFARO, *Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022, l'anno della svolta. Verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori?*, in *NLCC*, 2022, 1 ss. (v. in particolare le note nn. 1 e 2).

⁵ Sulla funzione regolatoria del diritto privato europeo: MICKLITZ, *The visible hand of european regulatory private law – the transformation of european private law from autonomy to functionalism in competition and regulation*, in *28 Yearbook of European Law*, 2009, 3 ss. Nella dottrina italiana, cfr. SIRENA, *L'europeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in *ODCC*, 2014, 10 ss.

⁶ Attorno a questi poli si sviluppa la riflessione relativa alla portata sistematica del *new deal for consumers* di GROCHOWSKI, *European consumer law after the new deal: a tryptich*, in *39 Yearbook European Law*, 2020, 387 ss.

⁷ La direttiva 2011/83/UE è stata attuata con d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, sulla quale v. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e per le imprese?)*, in *Contratti*, 2014, 811 ss.; CUFFARO, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr. giur.*, 2014, 745 ss.; BATELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimordenizzazione di vecchie categorie e "nuovi" diritti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 929 ss.; FARNETI, *Il nuovo recesso del consumatore dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza*, in *NLCC*, 2014, 959 ss.; RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2011, 754 ss.

⁸ Dalla citata direttiva omnibus 2019/2161/UE, sulla quale v. VERSARCI, *Le tutele a favore del consumatore digitale nella "direttiva omnibus"*, in *Persona e mercato*, 2021, 583 ss.

⁹ Cfr. considerando nn. 6 e 7 della direttiva. In questo senso v. anche LOOS, *Rights of Withdrawal*, in *Modernising and harmonising consumer contract law*, HOWELLS, SCHULZE (eds.), Köln- Berlin,

rogarsi sulle ragioni di tale omissione e valutare quali problemi e prospettive di sviluppo avrebbero potuto essere coltivate, è opportuno approfondire come la strategia regolatoria europea, integrata da significativi interventi della Corte di Giustizia UE, abbia conformato l'istituto del recesso consumeristico.

Lemma da riferire a ciò che, nella dottrina civilistica¹⁰, è stato variamente denominato – recesso di pentimento, *ius poenitendi*, diritto di pentimento – e che consiste nell'attribuzione al consumatore, adeguatamente informato al riguardo, del diritto potestativo, da esercitare entro un breve lasso di tempo, di sciogliere, senza sopportarne i costi, ma con effetti tendenzialmente retroattivi, l'operazione contrattuale conclusa con il professionista¹¹.

Se si eccettua la peculiare ipotesi della sollecitazione al pubblico risparmio (art. 18-ter l. 7 giugno 1974)¹², questa previsione di recesso legale venne introdotta per la prima volta, in attuazione della disciplina europea di protezione del consumatore, nella direttiva *doorstep selling* (ossia sulle c.d. vendite negoziate fuori dai locali commerciali) del

Otto Schmidt-De Gruyter, 2009, 237 ss. (disponibile anche su <https://ssrn.com/abstract=1350224>, dal quale si cita). Non si tratta, invero, di un risultato pienamente conseguito. Come osservato da attenta dottrina (PAGLIANTINI, *L'ibridazione del nuovo recesso di pentimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 275 s.), il novellato statuto normativo comune per i contratti a distanza e per i contratti conclusi fuori dai locali commerciali ha, da un lato, lasciato irrisolte numerose, rilevanti questioni applicative; dall'altro, ha effettuato vistosi passi indietro rispetto al regime previgente, così come ricostruito dai precedenti della Corte di Giustizia UE (evidente, in questo senso, l'attenuazione della tutela del consumatore nella previsione, con riferimento ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali, di un *dies ad quem* per l'esercizio del recesso nel caso di omessa informazione riguardo a siffatta facoltà, che – alla luce della nota sentenza *Heininger*, CGUE, 13 gennaio 2001, C-481-99 – nel regime previgente poteva essere esercitato *sine die*).

¹⁰ GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, *passim*; GABRIELLI, PADOVINI, *Recesso (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 27 ss.

¹¹ Sul recesso del consumatore la letteratura è sterminata: senza pretesa di completezza si v., oltre agli autori citati nelle note precedenti BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, in *Enc. dir. Annali*, IV, Milano, Giuffrè, 2011, 956 ss.; Id., *La difesa del consumatore dal contratto: la natura "ambigua" dei recessi di pentimento*, in *Annali del contratto*, Torino, Giappichelli, 2011, 3 ss.; PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 1007 ss.; CONFORTINI, *A proposito del ius poenitendi del consumatore e della sua discussa natura*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 1343 ss.; CHERUBINI, *Tutela del "contraente debole" nella formazione del consenso*, Torino, 2005, *passim*; PILLA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008, *passim*; PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016, *passim*.

¹² La disposizione richiamata è stata introdotta nella legge istitutiva della Consob dalla l. 23 marzo 1983, n. 77 ed è oggi confluita nell'art. 30 t.u.f. Al riguardo v., anche per ulteriori riferimenti, RIGHINI, *L'offerta pubblica di vendita e sottoscrizione di prodotti finanziari*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 16***, Torino, UTET, 2011, 445 ss.; FERRARINI, *Sollecitazione del risparmio e quotazione in borsa*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, 10**, Torino, UTET, 1993, 83 ss.; PREITE, *In tema di sollecitazione al pubblico risparmio*, in *Giur. comm.*, 1986, II, 220 ss.; ROPPO, *Offerta al pubblico di valori mobiliari e tecniche civilistiche di protezione dei risparmiatori-investitori*, in *Giur. it.*, 1983, IV, 208 ss.

1985 (Direttiva 85/577/CEE)¹³, sul modello di una legge olandese del 1973¹⁴. Ma è negli anni '90 dello scorso secolo che il recesso si diffonde a macchia di leopardo nel diritto di fonte europea: prima le polizze vita¹⁵, poi la multiproprietà¹⁶ e i contratti conclusi a distanza¹⁷; ipotesi seguite, nei primi anni 2000, dai contratti finanziari conclusi a distanza¹⁸, dal credito ai consumatori¹⁹ e, più di recente, dal *crowdfunding*²⁰.

Alla dottrina tradizionale è apparsa subito evidente e grave la frattura con il dogma della forza di legge del contratto generata da questo potere unilaterale di sciogliere il contratto²¹. Non ci dovrebbe essere spazio per ripensamenti non concordati. Tuttavia,

¹³ Sulla direttiva 85/577/CEE, attuata con d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50 (oggi v. artt. 45 ss. cod. cons.) v. GORGONI, *Contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Eng. Giur.*, IV, Roma, Ist. Treccani, 1994, 1 ss.

¹⁴ V. per riferimenti LOOS, *Rights*, cit., 2, nt. 14.

¹⁵ Cfr. art. 15 d.lgs. 23 dicembre 1992, n. 515, attuativo della direttiva n. 90/619/CEE (testo poi confluito nelle direttive 92/96/CEE, 2002/83/CE), sul quale v. CANDIAN, DE NOVA, ROPPO, VOLPE PUTZOLU e ZENO ZENCOVICH, *Il diritto di 'ripensamento' nella disciplina del contratto di assicurazione sulla vita: una nuova forma di tutela dell'assicurato*, in *Dir. econ. ass.*, 1996, 95 ss. V., oggi, art. 177 cod. ass. priv. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di CASTRONOVO e MAZZAMUTO, II, Milano, 2007, 1011.

¹⁶ Direttiva 94/47/CE attuata con d.lgs. 9 novembre 1998, n. 427 sulla quale v. DI CIOMMO, *Multi-proprietà: l'attuazione italiana della direttiva a tutela del consumatore*, in *Foro it.*, 1999, IV c. 39 ss.

¹⁷ Direttiva 97/7/CE, attuata con d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185 (v. oggi artt. 50 ss. cod. cons.) sulla quale v. ALPA, *Contratti a distanza. Prime considerazioni*, in *Contratti*, 1999, 848 ss.; VALENTINO, *Obblighi di informazione e contratti a distanza*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, 377 ss.; MINERVINI, *Contratti a distanza*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, Ist. Treccani, 1994, *passim*; PIGNALOSA, *Contratti a distanza*, cit., 111 ss.; BRAVO, *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE. Verso un codice europeo del consumo*, Milano, 2013, 215 ss.

¹⁸ Direttiva 2002/65/CE, attuata con d.lgs. n. 19 agosto 2005, n. 190. Oggi si v. artt. 67-bis e ss. cod. cons. Al riguardo: v. TORINO, *La commercializzazione via internet di servizi di investimento e strumenti finanziari e il trading on line, in I contratti del mercato finanziario*, t. 1, II ed., a cura di GABRIELLI, LENER, in *Tratt. dei contratti*, diretto da GABRIELLI, Torino, 590 ss.

¹⁹ 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, 285; MAUGERI, PAGLIANTINI, *Il credito ai consumatori*, Milano, 2013, 107 ss.; MAUGERI, *Commento all'art. 125-ter*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di COSTA, Torino, 2013, 1453 ss.; PADOVINI, *I contratti di credito ai consumatori. Il recesso e l'estinzione del rapporto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, 697 ss. Per un complessivo esame della disciplina del recesso nel contesto bancario: MUCCIARONE, SCIARRONE ALIBRANDI, *Il recesso del cliente dai contratti bancari dopo il d.lgs. n. 141/2010: questioni di coordinamento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, 37 ss.

²⁰ V. 22.2 Reg. 2020/1503/UE relativo ai fornitori europei di servizi di *crowdfunding* per le imprese, e che modifica il regolamento (UE) 2017/1129 e la direttiva (UE) 2019/1937, ove è previsto, a favore dell'aderente non sofisticato a un'offerta di *crowdfunding*, un periodo di riflessione precontrattuale di quattro giorni, che può essere funzionalmente assimilato al diritto di recesso.

²¹ Per l'esame della giuridicità di questa "formula enfatica" si rinvia a: DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, 315 ss., (ora in *Il Contratto*, Padova, Cedam, 2011, 246) e, più di recente, a DELLA CASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*,

la migliore civilistica europea ha immediatamente ricucito lo strappo rimarcando – con particolare riferimento alle tecniche di vendita aggressive – che la libertà contrattuale è tale solo se frutto di scelte libere – e perciò consapevoli e ponderate – di entrambe le parti e in specie della parte debole²².

Tale suggestiva giustificazione rischia però di fornire una rappresentazione imprecisa, al tempo stesso, per eccesso e per difetto.

Per difetto, perché non prende in considerazione – e quindi non spiega – tutte le ipotesi di recesso del consumatore, che pure sono avvinte dal nesso di una disciplina – tendenzialmente unitaria – nella *Consumer rights directive* e nelle altre fonti di diritto europeo. Non vi è infatti alcun problema di ponderazione del consenso, inquinato dalla tecnica di negoziazione aggressiva del professionista, nel caso di contrattazione a distanza, così come, parimenti, nei contratti di credito al consumo o di assicurazione sulla vita.

Per eccesso, perché il potere di reazione è attribuito al consumatore senza richiedere una puntuale verifica della effettiva lesione dell'interesse della parte protetta²³: non rileva, in altri termini, se la lesione sia presunta – con valutazione legale tipica – dal legislatore. L'obiettivo è incentivare il potere del consumatore di liberarsi dal vincolo, così da conformare – contribuendone allo sviluppo efficiente – il funzionamento dei segmenti di mercato interessati dalla previsione del recesso. In una diversa prospettiva, sembra potersi affermare che il recesso del consumatore non è connotato dal legislatore europeo in chiave rimediabile (v., però, *infra* § 4): con ciò intendendo il potere di reazione che l'ordinamento riconosce alla parte protetta in caso di lesione di un suo interesse²⁴.

Torino, Giappichelli, 2013, 6 ss. Di straordinarietà della previsione legale del recesso del consumatore parlava: GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., 10.

²² SACCO, DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, t. 2, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, vol. 10, III ed., Torino, UTET, 2002, 182 ss. e 200 s. Nella dottrina germanica emblematica la posizione di CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrecht - Tendenzen zu seiner "Materialisierung"*, in *AcP*, 2000, 344 ss., il quale ritiene che il recesso (*Wiederrufsrecht*) del consumatore ha come obiettivo l'esercizio di una libertà contrattuale effettiva (*matierialer Vertragsfreiheit*) da parte del soggetto protetto. Il recesso è, pertanto, strumento di esaltazione dell'autonomia contrattuale del consumatore, non di limitazione di quella del professionista: BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 26 ss.

²³ Cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, V ed., Torino, 2020, 274 s. il quale precisa altresì che: "non poggia su di un presupposto di fatto sul quale può concentrarsi il successivo apprezzamento di legittimità del giudice in guisa di valutazione concretizzante o di bilanciamento degli interessi contrapposti"; e, con specifico riguardo alla contrattazione telematica: DELFINI, *Negoziazione telematica e tutela del consumatore*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, Milano, 2006, 156. In senso difforme v. BENEDETTI, *Recesso*, cit., 959, il quale – non diversamente dalla nota ricostruzione dei vizi del consenso di R. Sacco (SACCO, DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, cit., 186 ss.) – ritiene che il recesso costituisca "una (sorta di) riparazione in forma specifica di un "danno" subito da un consumatore nella fase di formazione del contratto". Rileva una similitudine tra recesso di pentimento e annullabilità del contratto per vizi del consenso: CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 844.

²⁴ Cfr. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 596 s.;

Al fine di ricostruire i caratteri dell'istituto e risolvere i problemi applicativi che esso pone, si rivela opportuno un esame più analitico dei profili funzionali del recesso del consumatore, giacché limitarsi a indagare la natura dell'istituto non conduce a guadagni conoscitivi ed ermeneutici significativi²⁵.

SIRENA, ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 366; SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1057 ss. Con specifico riferimento al recesso del consumatore v. MAZZAMUTO, *Il contratto*, cit., 274 s.; PATTI, *Il recesso del consumatore*, cit., 1011, nt. 14. Più ampia la nozione di rimedio per A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, *Eur. dir. priv.*, 2005, 356 s. Per osservazioni critiche, tese a dimostrare la portata solo "impressionistica" della categoria: v. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 583 ss.

²⁵ Più precisamente, si sono contrapposte, nel dibattito dottrinale, la teoria procedimentale e quella effettuale, le quali a loro volta si frantumano in numerose varianti, tese a qualificare la vicenda del recesso secondo categorie più o meno riconducibili a quelle tradizionali del codice. La prima ipotesi ricostruttiva è sostenuta in dottrina, con varietà di argomenti e con varietà di costrutti, a partire da GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., 72 ss. (cfr. inoltre SACCO, *Conclusioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, 207 ss.; BENEDETTI, *La formazione del contratto*, in *Manuale di diritto civile europeo*, a cura di CASTRONOVO, MAZZAMUTO, II, Milano, 2007, 348 e 353; GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 26; VALENTINO, *Recesso*, cit., 155 ss.; PILIA, *Accordo debole*, cit., 593 ss.; ZORZI GALGANO, *Lo jus se poenitendi del consumatore*, *Vita not.*, 2007, 576 s.; alla tesi procedimentale possono essere, seppure con qualche forzatura, ricondotte anche le teorie che assimilano, con varietà di accenti, il recesso a un meccanismo condizionale (v. ad es. FERRARI, *Ipotesi di qualificazione per il "recesso" del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 21 ss.) ovvero la tesi che reputa il recesso un elemento esterno alla fattispecie negoziale, funzionale, però, a rafforzare il consenso e così a incidere sulla produzione di effetti: così SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 489 ss. (e in *Il contratto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 2011, 172 ss., dal quale si cita), il quale reputa nullo il contratto a seguito del recesso del consumatore. Si tratta, in breve, di ipotesi ricostruttive che attraggono il *ius poenitendi* in una complessa e articolata fase di formazione dell'accordo. In senso contrario, la teoria effettuale (in questo senso, v. ad es. BENEDETTI, *Recesso*, cit., 966; SIRENA, *I recessi unilaterali*, in *Tratt. del contratto*, diretto da ROPPO, III, *Effetti*, Milano, 2006, 119 s.; PATTI, *Il recesso del consumatore*, cit., 1032) riconosce al recesso – pur connotato dal legislatore in modo differente dall'istituto codicistico – il tradizionale significato di potere unilaterale di scioglimento di un contratto già concluso tra le parti. Va osservato al riguardo che, così impostato, il dibattito è stato principalmente animato dal tentativo di fornire una spiegazione unitaria e coerente a un dato normativo irrimediabilmente ambiguo. Basti pensare al fatto che il recesso è riconosciuto anche al consumatore che sottoscrive una proposta contrattuale (art. art. 45, comma 1, lett. h, cod. cons.). Pur non avendo rimediato alle segnalate ambiguità (così FARNETI, *Il nuovo recesso*, cit., 971), il legislatore, con l'attuazione della CRD, nel 2014 (d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21), pare aver introdotto regole difficilmente conciliabili con la ricostruzione procedimentale del recesso. In particolare, se è vero che – come rimarcato dai sostenitori della teoria procedimentale – in alcuni casi l'efficacia del contratto resti sospesa pendente il termine per l'esercizio del recesso (così nell'ipotesi di offerta fuori sede di strumenti finanziari ovvero di servizi di investimento ex art. 30 t.u.f. o nel caso di servizi finanziari prestati a distanza ex art. 66 *duodecies*, comma 4, cod. cons.), nei contratti a distanza il termine per l'esercizio del recesso decorre proprio dal momento in cui il professionista ha eseguito (o ha cominciato a eseguire) la prestazione (art. 52, comma 2, cod. cons.). Sebbene non sia più possibile sostenere che l'ormai abrogato art. 67, comma 2, cod. cons., confermi la tesi effettuale, là dove esso impediva

Ciò si giustifica, dal punto di vista metodologico, in quanto nel diritto privato regolatorio – strategia normativa del legislatore europeo che connota trasversalmente la disciplina dei rapporti di consumo ed è volta a favorire la realizzazione di un mercato comune *inclusivo*²⁶ – non ha senso domandarsi *che cosa* sia il recesso del consumatore²⁷: tanto più se la risposta a tale interrogativo viene calata nella prospettiva delle categorie concettuali nazionali, non certo orientate a perseguire analoghi obiettivi di politica economica. Occorre, piuttosto, chiedersi *a cosa serve* il recesso, in quanto il diritto europeo – è stato autorevolmente affermato – persegue pragmaticamente politiche²⁸. Detto altrimenti, i concetti giuridici – strumenti ineliminabili del lavoro del giurista – sono da ricostruire in ragione delle politiche, non viceversa²⁹.

2. Omogeneità della disciplina e funzione regolatoria del recesso. Il problema della eterogeneità delle operazioni negoziali regolate

Al fine di individuare la funzione di un istituto giuridico occorre anzitutto esaminarne la disciplina.

Nella CRD, oltre al dato strutturale dell'*unilateralità*, il recesso è caratterizzato in negativo, dall'assenza di requisiti che ne renderebbero più gravoso l'esercizio: tale facoltà può essere esercitata *senza* motivazione e *senza* spese³⁰ (art. 52 cod. cons.). Altre caratteristiche sono la *tempestività* (è previsto, come noto, un termine di decadenza di 14

al consumatore presso il quale fosse perita la merce oggetto del contratto di esercitare il recesso, la disciplina recentemente novellata non cessa di implicare, quali effetti del recesso, conseguenze restitutorie, le quali paiono presupporre la fisiologica conclusione del contratto (artt. 55, 56, 57 cod. cons.). Infine, la legge chiarisce espressamente che – con riferimento ai contratti a distanza e conclusi fuori dai locali commerciali – “le parti sono sciolte dalle rispettive obbligazioni” (art. 66 cod. cons.). Del resto, come efficacemente è stato notato, “l’alternativa effetti/procedimento appare, dunque, ingannevole: il recesso del consumatore agisce sugli effetti, ma reagisce a fattori turbativi che risalgono al procedimento di formazione del contratto” (così BENEDETTI, *Recesso*, cit., *ibidem*). La teoria procedimentale risulta ulteriormente indebolita dalla previsione, ex art. 53, comma 1, cod. cons., di un termine di decadenza per l'esercizio del recesso nell'ipotesi in cui il professionista ometta di informare il consumatore al riguardo. Previsione che evidentemente depotenzia la (supposta) portata strutturale del recesso di pentimento (come notato da PAGLIANTINI, *L'ibridazione*, cit., 280).

²⁶ Cfr. MICKLITZ, *The Politics of Justice in European Private Law*, Cambridge, 2018, 276 ss.

²⁷ Tanto che c'è chi non senza un velo di ironia ha parlato a questo riguardo del “mistero” del recesso: BENEDETTI, *La difesa*, cit., 22. Valorizza il dato funzionale al fine, però, di argomentare la maggiore persuasività della ricostruzione procedimentale dell'istituto: PILIA, *Accordo debole*, cit., 32 ss. e 320 ss.

²⁸ V. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1489.

²⁹ Cfr., al riguardo, per l'indicazione di un necessario ripensamento delle categorie tradizionali del diritto civile: N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 25 ss. V. anche la recente riflessione di A. GENTILI, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 651 ss.

³⁰ Sottolinea questo aspetto BENEDETTI, *La difesa*, cit., 9.

giorni)³¹ e la *formalità* (sia pure molto attenuata). Come ogni strumento di tutela del consumatore è prevista l'*irrinunciabilità*³² e la possibilità di derogare alla disciplina in senso unidirezionale, ampliando cioè la tutela del consumatore (e ciò in particolar modo per quanto concerne il termine e le formalità richieste).

Così connotato, è evidente che non ha fondamento – se non in una prospettiva puramente dogmatica³³ – l'interrogativo circa i rapporti tra il recesso del consumatore e le altre ipotesi di scioglimento unilaterale previste dal codice civile. Sono, infatti, pochi e non qualificanti i punti in comune col recesso convenzionale *ex art. 1373 c.c.*, che si riducono alla unilateralità del potere di scioglimento, alla formalità e alla recettività dell'atto³⁴. Altrettanto labili risultano i nessi con i recessi legali di parte speciale, ove il potere unilaterale di scioglimento è previsto quale strumento attribuito a una parte, quando viene meno la fiducia nella controparte: la quale, tuttavia, non rimane sprovvista di tutela, giacché l'esercizio del recesso impone di versare all'oblato il lucro programmato fino a quel momento³⁵.

La logica che innerva il recesso del consumatore non è assimilabile a quella del recesso codicistico³⁶. Ne sono state individuate varie, tra loro complementari: rivalutazione di convenienza, protezione da tecniche di formazione aggressive³⁷, garanzia di con-

³¹ Recentemente esteso, dal decreto legislativo (d.lgs. n. 26/2023) attuativo della direttiva *omnibus* (2019/2161/UE) a trenta giorni in caso di “contratti conclusi nel contesto di visite non richieste di un professionista presso l’abitazione di un consumatore oppure di escursioni organizzate da un professionista con lo scopo o con l’effetto di promuovere o vendere prodotti ai consumatori” (v. nuovo art. 52, comma 1-bis, cod. cons.).

³² L'irrinunciabilità, da ricondurre alla ratio protettiva del consumatore (art. 143 cod. cons.), è espressamente derogata nel caso di contratti di fornitura di servizi (art. 59, comma 1, lett. a, cod. cons.) e nel caso di fornitura di un contenuto digitale mediante supporto non materiale (art. 59, comma 1, lett. o, cod. cons.).

³³ Parimenti legate a una mera descrizione del dato positivo sono le ricostruzioni di chi evidenzia la progressiva centralità dell'istituto nella teoria generale del contratto: v. ad es. PILIA, *Accordo debole*, cit., 304.

³⁴ Come sottolineato da alcuni (v. ad es. RENDE, *Il recesso comunitario dopo l'ultima pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 533), mentre il recesso codicistico incide sul rapporto, quello consumeristico incide sull'atto. Al riguardo, e al di là di tale qualificazione degli effetti demolitori del recesso, occorre comunque rimarcare che è la disciplina del codice del consumo a indicare, sia pure in modo non esaustivo, gli effetti del recesso.

³⁵ Si intende fare riferimento al potere di scioglimento attribuito al soggetto che incarica il professionista, tenuto a eseguire la prestazione che connota l'oggetto del contratto, nell'appalto (art. 1671 c.c.), nel trasporto (art. 1685 c.c.), nel mandato (art. 1723 c.c.), nella commissione (art. 1734 c.c.), nel contratto d'opera e d'opera professionale (artt. 2227 e 2237 c.c.). Su queste disposizioni v. DELLA CASA, *Adempimento e risarcimento*, cit., 23 ss.

³⁶ Individua tre funzioni delle ipotesi codicistiche di recesso: DE NOVA, *Recesso*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 316 (ora in *Il Contratto*, Padova, 2011, 656), sulla scorta di GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., 13 ss.

³⁷ V., ad es., FARNETI, *Il nuovo recesso*, cit., 961; C. CONFORTINI, *A proposito del ius poenitendi*, cit., 1363 ss.

senso libero e ponderato³⁸, strumento che consente al consumatore un ritorno rapido sul mercato³⁹. Scopi immediati funzionali all'obiettivo, mediato, del legislatore europeo di promuovere lo sviluppo di un mercato interno all'Unione privo di barriere, specie per quanto concerne la contrattazione a distanza⁴⁰.

Una siffatta *eterogeneità* funzionale potrebbe apparire in contrasto con la tendenziale *unitarietà* della disciplina⁴¹. Uno sguardo più attento rivela, viceversa, una certa armonia tra la polifunzionalità dell'istituto e la molteplicità di fattispecie regolate, difficilmente assimilabili se si guarda alle dinamiche negoziali e, di conseguenza, allo scopo che il legislatore assegna al potere di scioglimento unilaterale attribuito al consumatore⁴².

Tali differenze tra i fenomeni regolati richiedono, pertanto, considerazioni più analitiche sulle finalità del recesso in *ciascuno* di essi.

Prima di percorrere questa prospettiva occorre, invero, puntualizzare un profilo già accennato, ma che costituisce il fondamentale punto di partenza di un'indagine così impostata.

Il recesso rappresenta un potente strumento di protezione del consumatore. Proteggere il consumatore, tuttavia, non significa tutelare una categoria sociale omogenea⁴³: pertanto, non v'è, nella protezione del consumatore, alcun riferimento a valori di giustizia distributiva.

La tutela del consumatore è valore strumentale rispetto a quello, centrale nel progetto europeo, del corretto funzionamento del libero mercato⁴⁴. Strumentale cioè alla concorrenza, secondo la nota impostazione ordoliberal che connota la regolazione

³⁸ Cfr. ad es. RENDE, *Il recesso comunitario*, cit., 525. La tutela della libertà contrattuale è centrale nella ricostruzione delle teorie procedurali del recesso: v. ad es. PILIA, *Accordo debole*, cit., 351; SACCO, *La conclusione dell'accordo*, in *I contratti in generale*, a cura di GABRIELLI, t. 1, in *Tratt. dei contratti*, diretto da RESCIGNO, GABRIELLI, Torino, 2006, 162 ss.

³⁹ V. ad es. F.P. PATTI, *Il recesso del consumatore*, cit., 1012; GRISI, *Lo "ius poenitendi" tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 569 s.

⁴⁰ Cfr. LOOS, *Rights*, cit., 7 s.; LUZAK, *To withdraw or not to withdraw? Evaluation of the mandatory right of withdrawal in consumer distance selling contracts taking into account its behavioural effects on consumers*, in 37 *J Consum. Policy* 91, 93, 2014.

⁴¹ Di regimi "convergenti" e di "comune essenza" parla PILIA, *Accordo debole*, cit., 299 ss., in part. 314. *Contra*, rimarca le differenze di disciplina tra le diverse ipotesi di *ius poenitendi*: GRISI, *Lo "ius poenitendi"*, cit., 572 ss.

⁴² Di combinazione tra interessi protetti parla PILIA, *Accordo debole*, cit., 325 s. Ipotizza, in ragione del generico dato letterale di cui all'art. 46 cod. cons., una portata generale per tutta la contrattazione con i consumatori – vale a dire oltre le fattispecie espressamente disciplinate dal legislatore – del recesso del consumatore: PAGLIANTINI, *L'ibridazione*, cit., 276, il quale ritiene, tuttavia, poco plausibile tale ipotesi, in ragione dell'assenza di uno statuto normativo, propriamente generale e della mancanza di ragioni storiche e funzionali che giustificano una simile generalizzazione dell'istituto.

⁴³ V. DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, 1057 ss.

⁴⁴ La notazione è frequente in letteratura: v. ad es. PILIA, *Accordo debole*, cit., 354.

privatistica europea e che risulta, in tempi recenti, arricchita dal valore della giustizia inclusiva (c.d. *access justice*), che l'accesso al mercato di tutti i consumatori permette di conseguire⁴⁵. Né pare che le nuove politiche (sostenibilità e digitalizzazione)⁴⁶ perseguite con il *new deal for consumers* abbiano inciso sulla disciplina del recesso di pentimento determinando una diversa curvatura della sua funzione, nella quale non sono tutt'ora ravvisabili intenti redistributivi.

Poiché non è in discussione alcun progetto di diversa distribuzione delle risorse⁴⁷, ma il semplice corretto svolgimento della dinamica di mercato, è opportuno chiedersi in che modo il recesso consenta al mercato concorrenziale di funzionare meglio, così da generare più ricchezza e soddisfare più efficacemente (e in modo meno costoso) i bisogni dei consumatori⁴⁸.

In altri termini, non pare possibile prescindere dall'indagine relativa alle disfunzioni – i fallimenti – del mercato concorrenziale, ai quali risponde la previsione imperativa del *ius poenitendi*.

3. Ancora sulla funzione dei recessi del consumatore in relazione all'eterogeneità delle fattispecie regolate

L'indagine programmata richiede di procedere gradualmente. Anzitutto, occorre muovere da alcune nozioni di teoria economica relative alle categorie dei beni, che possono circolare tramite i contratti con riferimento ai quali è previsto il diritto di recesso⁴⁹.

Le proprietà delle utilità scambiate sul mercato dei beni e dei servizi sono state utilmente catalogate in tre categorie⁵⁰. *i) Search qualities*: caratteristiche dei beni che possono essere conosciute dal consumatore attraverso l'esame del prodotto; difficilmente sono tali le qualità di un servizio. *ii) Experience qualities*: qualità che possono essere apprese dal consumatore attraverso l'uso del prodotto ovvero la fruizione del servizio. *iii) Credence qualities*: proprietà non intrinseche al prodotto o servizio, che non si rivelano

⁴⁵ Al riguardo, v. NAVARRETTA, *Principi dell'Unione europea, politiche economiche e diritto privato*, in *ODCC*, 2020, 428 ss., la quale dimostra, attraverso un'efficace lettura dei precedenti della Corte di Giustizia, come l'impostazione ordoliberal del diritto europeo abbia di recente assunto una curvatura meno *libertarian* e più aperta ai valori della giustizia inclusiva.

⁴⁶ Sulle quali v. GROCHOWSKI, *op. cit.*, 421 ss., il quale mette in evidenza come le direttive del 2019 introducano nella disciplina consumeristica il tema della sostenibilità ambientale e della tutela del consumatore digitale rispetto alla *commodification* dei dati personali.

⁴⁷ V. EIDENMÜLLER, *Why Withdrawal Rights?*, in *ERCL*, 2011, 5.

⁴⁸ Per questa impostazione – su un piano più generale – v. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 787 ss.

⁴⁹ Cfr. BEN SHAHAR, POSNER, *The right to withdraw in contract law*, in 40 *J. Legal Studies* 115 ss. 2011.

⁵⁰ Per questa classificazione, si v.: EIDENMÜLLER, *Why Withdrawal Rights?*, cit., 7 s.; BECHER, BAR GILL, *Consumer Protection*, Harvard Public Law Working Paper No. 18-42, 2012, 21, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=3194411>.

attraverso l'esame o l'uso. Sono tali, ad esempio, l'assenza di condizioni contrattuali squilibrate, un buon servizio di *customer care*, l'erogazione di servizi professionali (es. servizi finanziari o legali).

Le utilità appartenenti alle menzionate categorie si possono naturalmente intrecciare in relazione allo scambio di quasi ogni bene (es. telefono cellulare); nondimeno, è proficuo indagare le operazioni contrattuali con i consumatori in ragione di quelle prevalenti e più significative per le scelte di consumo.

Nel caso dei contratti *a distanza*, che hanno a oggetto beni *materiali*, il recesso del consumatore è volto a correggere un problema di asimmetria informativa: il consumatore non conosce le caratteristiche concrete dei beni e non può valutarli adeguatamente. In altri termini, al centro dell'asimmetria vi sono *search qualities* del bene, che possono essere agevolmente apprezzate consentendo al consumatore di disporre materialmente dell'oggetto scambiato. Permettendo di vagliare le qualità di un prodotto in modo più accurato, il recesso consente al consumatore di rivalutare la convenienza del contratto concluso: con il che il recesso contribuisce a uno sviluppo del meccanismo concorrenziale, rendendo più appetibile e competitivo il settore della contrattazione a distanza⁵¹.

Nei contratti conclusi fuori dai locali commerciali, al problema dell'asimmetria informativa circa le *search qualities* del prodotto, si aggiunge il fatto che il destinatario dell'offerta si trova a prendere la decisione negoziale "sotto pressione", sollecitato dal professionista in un ambiente diverso dall'esercizio commerciale e, come tale, più vulnerabile⁵². Non può poi essere trascurato l'effetto che sulla decisione di consumo possono avere i *bias* cognitivi, sfruttati dal professionista nel tracciare l'architettura della scelta del consumatore⁵³.

⁵¹ BEN SHAHAR-POSNER, *The right to withdraw*, cit., 121 ss.; LUZAK, *To withdraw or not to withdraw?*, cit., 94. Rileva che il recesso, rimediando a un'asimmetria informativa, può impedire che si verifichi la tipica conseguenza della c.d. "adverse selection" nel contesto della contrattazione a distanza di beni: EIDENMÜLLER, *Why Withdrawal Rights?*, cit., 8.

⁵² Di "*exogenously distorted preferences*" parla EIDENMÜLLER, *Why Withdrawal Rights?*, cit., 14. Cfr. inoltre CGUE, 7 agosto 2018, C-485/17, punto 33. Il legislatore europeo del new deal for consumers ha inteso rendere più intensa la tutela del consumatore, ampliando il termine per l'esercizio del recesso a 30 giorni (art. 52, comma 1-bis, cod. cons.) in caso di tecniche di vendita particolarmente aggressive, nelle quali è il professionista a recarsi senza una richiesta da parte del consumatore, presso la residenza di quest'ultimo per offrire il prodotto oppure quando il professionista organizza escursioni al fine di collocare i prodotti.

⁵³ Cfr., inoltre, BECHER, BAR GILL, *Consumer protection*, cit., 9 ss., i quali mettono in evidenza i rischi che la decisione del consumatore sia influenzata da eccesso di ottimismo sulle proprie capacità di valutarne *ex ante* la convenienza (c.d. *overconfidence bias*). Ciò accade, in particolar modo, in relazione ai prodotti creditizi ove il consumatore può sovrastimare la crescita del proprio reddito e sottostimare l'incidenza delle spese e dei costi applicati dal professionista al credito; LUZAK, *To withdraw or not to withdraw?*, cit., 96 s.; EIDENMÜLLER, *Why Withdrawal Rights?*, cit., 17 s.; e, nella letteratura italiana, BACCIARDI, *Il recesso del consumatore nell'orizzonte delle scienze comportamentali*, Torino, Giappichelli, 2019, 33 ss.

Analoghi rilievi possono, invero, svolgersi in relazione ad alcune tecniche di comunicazione a distanza (in specie, *telemarketing* e telefono), che è ormai arduo assimilare alla contrattazione on-line, in quanto, non consentono al consumatore di confrontare agevolmente e, in assenza di pressioni esterne, informazioni relative al prodotto e analoghe offerte presenti sul mercato⁵⁴.

In questi casi il recesso è funzionale ad attenuare gli effetti dell'asimmetria e delle circostanze esogene che possono aver influito sulla scelta di consumo.

I precedenti rilievi inducono a chiedersi se analogo fondamento del *ius poenitendi* possa essere individuato nel contesto dei *servizi*⁵⁵: quantomeno per quelli collocati a distanza. In particolare, è dubbio che l'asimmetria informativa possa considerarsi superata, allorquando il professionista inizi a erogare il servizio, soltanto ove sia spirato il termine decadenziale, ovvero a seguito di espressa rinuncia al recesso del consumatore, quando consentita. A ciò si aggiunga che i servizi – categoria eterogenea che include tanto servizi finanziari quanto lo *streaming* digitale – non sono certamente *search goods*, oscillando tra *experience* e *credence goods*, con riferimento ai quali concedere al consumatore un test preventivo si rivela poco utile al fine di contribuire allo sviluppo di dinamiche di mercato più efficienti⁵⁶.

L'efficacia del *ius poenitendi* è ancora più dubbia quando il prodotto coincide con il rapporto contrattuale, come nel caso dei servizi finanziari (assicurazioni, credito)⁵⁷: *credence goods*, rispetto ai quali il *cooling off period* non svolge alcuna concreta funzione diretta a rimuovere gli effetti dei fallimenti del mercato. È stato rimarcato, per contro, che il recesso, specie nel credito al consumo e nell'assicurazione sulla vita, si giustificerebbe in ragione della complessità del prodotto creditizio o assicurativo⁵⁸, al fine di governare

⁵⁴ Sottolineano questo aspetto: BECHER, BAR GILL, *Consumer protection*, cit., 33 s., i quali ritengono che la previsione del c.d. *cooling off period* risponda a canoni regolatori del c.d. *asymmetric paternalism*, che predica l'utilità di un intervento mirato del legislatore solo a favore di quelle categorie di soggetti, effettivamente vittima di *bias* cognitivi, evitando regole protettive più generali, che, modificando gli assetti di mercato, possono avere effetti inefficienti [al riguardo, v. in generale. CAMERER, ISSACHAROFF, LOEWENSTEIN, O'DONOGHUE, RABIN, *Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism"*, in 151 *U. Penn. L. Rev.*, 2003 1211 ss.

⁵⁵ Nei servizi rientrano tutte le operazioni che non costituiscono oggetto di vendita: CGUE, 12 marzo 2020, C-583/18, punto 22.

⁵⁶ Così anche LOOS, *Rights*, cit., 7.

⁵⁷ DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 4.

⁵⁸ LOOS, *Rights*, cit., 9. Il recesso promuove la "consumer confidence" secondo TWIGG FLESNER, SCHULZE, WATSON, *Protecting rational choice: information and the right of withdrawal*, in *Handbook on research on international consumer law*, HOWELLS, RAMSAY, WILHELMSSON, II ed., Cheltenham, 2018, 125. Di "impreparazione" rispetto agli effetti derivanti dalla conclusione del contratto discorrono, con riferimento all'art. 30 l.u.f. DOLMETTA, MALVAGNA, MINNECI, *Il «ius poenitendi» tra sorpresa e buona fede: a proposito di Cass. SS. UU. n. 13905/2013*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, 2013, dirittobancario.it, 1. Al riguardo, si può tuttavia osservare che non sono chiarite le specifiche ragioni di impreparazione (non sussistenti, cioè, in altri contesti negoziali) che deriverebbero dalla conclusione "fuori sede" e perché proprio tale contesto negoziale richieda la facoltà di ripensamento dell'investitore.

e rendere più trasparente una complessità siffatta. Si tratta, a ben guardare, di un rilievo solo suggestivo⁵⁹. *Per un verso*, la strategia normativa del recesso si pone in contrasto con quella che prevede una informazione precontrattuale molto accurata e orientata alla trasparenza sostanziale⁶⁰, che si intreccia a una valutazione consulenziale di adeguatezza del prodotto creditizio alle esigenze del consumatore. Mentre *per l'altro*, occorrerebbero evidenze empiriche – allo stato assenti – che dimostrino l'effettiva utilità del *cooling off period*. Sembra, infatti, che, nel caso di *credence goods* e in assenza di tecniche di collocamento aggressive, la conclusione del contratto possa aggiungere poco alle informazioni considerate dal consumatore nell'effettuare la propria scelta. È, infatti, poco plausibile – e non è certo frequente – che, dopo la conclusione del contratto, il consumatore si rivolga a consulenti per effettuare una seconda valutazione. Non si può, inoltre, trascurare che, nel credito ai consumatori (v. art. 125-*sexies* t.u.b.), l'estinzione anticipata è sempre possibile⁶¹, così come la facoltà di riscatto di molte polizze vita, rendendo, per certi versi, sostanzialmente superfluo l'esercizio del recesso. Infine, va considerato che nel credito ai consumatori, il consumatore ottiene il prestito per soddisfare un particolare bisogno immediato e, pertanto, è di per sé poco propenso a rinunciare alla disponibilità economica ottenuta a questo specifico fine.

Si può, pertanto, concludere che il recesso del consumatore sia efficiente e funzionale al corretto funzionamento del mercato quando oggetto del contratto siano beni materiali, in prevalenza connotati da *search qualities*; è viceversa dubbia la desiderabilità

Non pare, infatti, sufficiente giustificazione in tal senso il richiamo, aneddótico, alla prospettiva socioeconomica di una più frequente conclusione dei contratti bancari e di investimento presso le filiali degli intermediari.

⁵⁹ Così anche NIVARRA, *Rimedi*, cit., 595. In senso contrario, EIDENMÜLLER, *Why Withdrawal Rights?*, cit., 17 s., il quale ritiene che il recesso si giustifichi nei contratti di multiproprietà e di credito ai consumatori essenzialmente sulla base del rischio finanziario che essi generano in capo al consumatore e degli effetti a lungo termine. Non sembra, tuttavia, che si tratti di profili che di per sé possono motivare la previsione imperativa del *cooling off period*. Infatti, con riferimento a contratti caratterizzati da una certa complessità *ex ante* non vi sono elementi concreti per ritenere che, a distanza di qualche giorno dalla conclusione, il consumatore disponga degli strumenti necessari (es. consulenza indipendente) per valutare diversamente le conseguenze economiche ovvero la durata del rapporto contrattuale. Insiste sull'aneddotica circostanza che i contratti di credito ai consumatori siano conclusi da questi ultimi, senza disporre del tempo necessario per esaminare le informazioni precontrattuali: TUCCI, sub art. 125-ter, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da CAPRIGLIONE, III, Assago, 2018, 2191, il quale ritiene più efficace un modello di disciplina che preveda un periodo di sospensione dell'efficacia del contratto pari al tempo di cui dispone il consumatore per l'esercizio del recesso.

⁶⁰ Cfr. CGUE, 30 aprile 2014, C-26/13. In dottrina, v. PAGLIANTINI, *La trasparenza consumeristica tra "dottrina" della corte ed equivoci interpretativi*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 653 ss.

⁶¹ Seppure va ricordato che l'estinzione è vicenda che riguarda l'obbligazione, mentre il recesso il contratto, ossia il rapporto, come opportunamente rimarcano DOLMETTA, SCIARRONE ALIBRANDI, *La facoltà di "estinzione anticipata" nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 legge n. 40/2007*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 531.

– in una prospettiva *de jure condendo* – del recesso in relazione a servizi o altre utilità immateriali.

L'indagine dei profili funzionali del recesso non può però arrestarsi ai benefici che esso potenzialmente reca al lato della domanda. Occorre prendere in considerazione anche i costi che esso impone al lato dell'offerta⁶²: non sarebbe giustificabile una misura imperativa, che si pone l'obiettivo di rendere il mercato più efficiente, per poi rivelare costi superiori ai benefici.

Con riferimento alla circolazione di beni materiali, è agevole osservare che i costi consistono nella perdita di valore del bene, che non è detto possa essere reimmesso sul mercato.

Una regola ottimale dovrebbe riconoscere il recesso al consumatore, là dove i benefici di una riduzione dell'asimmetria informativa (dovuta alla possibilità di disporre materialmente del bene) superano i costi del deprezzamento⁶³.

Tuttavia, individuare *ex ante* tanto i benefici dell'informazione, quanto i costi risulta concretamente difficile, se non impossibile.

Il legislatore europeo ha trovato un punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze attraverso tre profili della disciplina.

Anzitutto, limitando il periodo di tempo entro il quale deve essere esercitato il recesso (14 o, in caso di tecniche aggressive, 30 giorni)⁶⁴ e spedita la merce (altri 14 giorni), così da limitare il rischio di deprezzamento del bene e disinnescare *ex ante* le *chances* per il consumatore di utilizzare il bene e così conseguire un ingiustificato arricchimento, che non reca alcun beneficio alle dinamiche concorrenziali del mercato⁶⁵.

In secondo luogo, la disciplina alloca in capo al consumatore le sole conseguenze economiche dell'uso inidoneo del bene (art. 57, comma 2, cod. cons.), non il deprezzamento del bene in sé. Questa regola presenta una sola eccezione nell'ipotesi recesso da contratti di servizi, in relazione ai quali il consumatore abbia acconsentito alla erogazione del servizio in pendenza del termine per recedere. In questo caso, il recesso non è più senza costi: l'art. 57, comma 3 esclude che il consumatore abbia diritto a ricevere l'intera somma versata. Quest'ultima è proporzionalmente diminuita del valore di mercato della prestazione fino a quel momento fruita dal consumatore. Non potendo darsi

⁶² A questi si aggiungono costi di transazione difficilmente quantificabili quale, ad es., l'incertezza circa l'esercizio del recesso da parte del consumatore e il fatto che il consumatore potrebbe dover posticipare la soddisfazione del proprio bisogno a causa di un contratto non gradito: v. EIDENMÜLLER, *Why Withdrawal Rights?*, cit., 6.

⁶³ Così BEN SHAHAR, POSNER, *The right to withdraw*, cit., 121.

⁶⁴ È stato notato che un *cooling off period* così breve potrebbe non essere efficace nel contesto del collocamento di multiproprietà su immobili, alla luce del contesto "vacanziero" nell'ambito del quale tali diritti sono venduti ai consumatori: Loos, *Rights*, cit., 7.

⁶⁵ Si tratta naturalmente di una soluzione di compromesso che rischia di rivelarsi inefficiente, allorché il beneficio per il consumatore relativo a una migliore valutazione del bene è superato dal deprezzamento della merce e dalla difficoltà per il venditore di ricollocarla sul mercato: v. BEN SHAHAR, POSNER, *The right to withdraw*, cit., 122.

la restituzione in natura di un *facere*, ossia del servizio fino a quel momento prestato, il consumatore è tenuto a remunerare il professionista secondo criteri di mercato, con ciò confermando che, anche il legislatore europeo, è ben consapevole del fatto che i servizi non possano essere trattati alla stregua dei beni materiali⁶⁶.

Infine, sono escluse dall'ambito di applicazione della disciplina del recesso alcune ipotesi di beni (es. alimenti) che subiscono un deprezzamento (o un deperimento) troppo repentino nel caso di restituzione.

Questo insieme di regole non dovrebbe, nell'intento del legislatore, scoraggiare l'esercizio del recesso, ma ha lo scopo di evitare per il professionista costi eccessivi: in una prospettiva di sistema, la fiducia maggiore dei consumatori dovrebbe contribuire allo sviluppo dei settori interessati dalle previsioni del recesso. Emblematico pare il caso dell'*e-commerce*, ove il recesso è – quantomeno in relazione a determinate categorie merceologiche (si pensi agli indumenti) – elemento caratterizzante l'operazione economica, giacché non vi è un significativo deprezzamento in caso di immediata restituzione del bene.

In altri casi, viceversa, la previsione di un recesso obbligatorio potrebbe avere un effetto meno benefico sulle dinamiche di mercato, alimentando un indesiderabile fenomeno di c.d. *cross subsidization*. Si intende fare riferimento ai possibili incrementi dei costi applicati dal professionista a tutta la clientela, tali da generare sussidi incrociati, ossia trasferimenti di ricchezza tra la categoria meno propensa a esercitare il recesso a quella più propensa⁶⁷.

⁶⁶ Critico verso questa soluzione: PAGLIANTINI, *L'ibridazione*, cit., 284 ss. Con riferimento a questa disposizione la Corte di Giustizia UE (CGUE, 8 ottobre 2020, C-641/19) ha recentemente chiarito che: “per determinare l'importo proporzionale che il consumatore deve pagare al professionista qualora tale consumatore abbia espressamente chiesto che l'esecuzione del contratto concluso inizi durante il periodo di recesso ed egli receda da tale contratto, occorre, in linea di principio, tener conto del prezzo convenuto in detto contratto per tutte le prestazioni oggetto del contratto medesimo e calcolare l'importo dovuto *pro rata temporis*. Solo nel caso in cui il contratto concluso preveda espressamente che una o più prestazioni siano fornite integralmente sin dall'inizio dell'esecuzione del contratto, in maniera distinta, a un prezzo che deve essere pagato separatamente, occorre tener conto – nel calcolare l'importo dovuto al professionista in applicazione dell'articolo 14, paragrafo 3, di tale direttiva – dell'intero prezzo previsto per una simile prestazione”. Sempre secondo la medesima pronuncia il criterio per valutare la congruità economica del prezzo che costituisce il parametro per quantificare l'obbligo restitutorio è da individuare nel prezzo di mercato (ove presente): “L'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2011/83, letto alla luce del considerando 50 di quest'ultima, deve essere interpretato nel senso che, al fine di valutare se il prezzo totale sia eccessivo, ai sensi di tale disposizione, occorre tener conto del prezzo del servizio offerto dal professionista in questione ad altri consumatori alle stesse condizioni nonché di quello del servizio equivalente fornito da altri professionisti al momento della conclusione del contratto”. Su questa decisione v. SALVI, *Recesso consumeristico durante l'esecuzione del contratto. Spigolature a margine di corte di giustizia c-641/19*, in *NLCC*, 2021, 882 ss.

⁶⁷ Cfr. BAR GILL, BEN SHAHAR, *Regulatory techniques in consumer protection: a critique of european consumer contract laws*, in *50 Com. Market L. Rev.* 121, 2013, i quali sottolineano che tale indiretto

Simili considerazioni hanno indotto una parte della dottrina ad auspicare un passo indietro del legislatore rispetto alla previsione imperativa del diritto di recesso⁶⁸. Sarebbe piuttosto ottimale consentire ai consumatori di scegliere se optare (c.d. *opt in*) per il recesso (con conseguente, eventuale, incremento del prezzo del bene o del servizio). Il recesso, in questa prospettiva, è assimilato a una sorta di assicurazione, limitata nel tempo, sul prezzo dei beni acquistati dal consumatore, con conseguente imposizione sul consumatore del peso economico del relativo premio.

Non sembra che tale provocatoria proposta possa essere accolta, almeno nei termini generali nei quali essa è avanzata. Da un lato, va osservato che ciò non sembra rispondere a una reale esigenza del mercato: nel contesto della contrattazione online non sono pochi gli operatori che hanno sfruttato la possibilità di derogare *in melius* la disciplina del recesso del consumatore, senza che ciò sia oggetto di una specifica previsione di *opt-in*⁶⁹. Dall'altro lato, l'impossibilità di ricondurre ad unità le ragioni giustificative del recesso induce a escludere l'opportunità di approcci generalizzanti e unificanti. Se con riferimento ai beni e alle tecniche aggressive di collocamento dei prodotti e dei servizi non è revocabile in dubbio l'utilità dello strumento del recesso, esso, come si è sopra osservato, appare di dubbia efficacia in caso di prestazione di servizi o nel caso di collocamento di contratti particolarmente complessi, ove risultano desiderabili strategie integrate di intervento del legislatore⁷⁰.

trasferimento di risorse potrebbe pregiudicare la fascia più bassa di consumatori in contrasto con il principio di giustizia inclusiva, alla realizzazione della quale dovrebbe tendere il diritto privato europeo; BECHER, ZARSKY, *Open doors, trap doors and the law*, in 74 *L. & Contemp. Prob.* 86, 2011; LUZAK, *To withdraw or not to withdraw?*, cit., 108.

⁶⁸ EIDENMÜLLER, *Why Withdrawal Rights?*, cit., 11 ss. Analogamente, BAR GILL, BEN SHAHAR, *Regulatory techniques in consumer protection*, cit., *ibidem*.

⁶⁹ Differente, come noto, il caso delle compagnie aeree, ove il diritto di recesso, corrispondente alle c.d. tariffe flessibili, è in genere collocato a un prezzo maggiore rispetto alle tariffe che non incorporano tale opzione. Per considerazioni giuseconomiche al riguardo: v. SCOTT, TRIANTIS, *Embedded options and the case against compensation in contract law*, in 104 *Columbia L. Rev.* 1428, 2004, 1453 ss., i quali assimilano il diritto di recesso a un'assicurazione in caso di sopravvenienze idonee a determinare in capo al consumatore una valutazione diversa del bene acquistato. Ciò costituisce certamente una giustificazione per la previsione contrattuale di un recesso da esercitare prima dell'esecuzione del contratto in ipotesi di contratti a esecuzione differita (es. biglietti aerei), ma non incide sulla valutazione di efficienza delle regole imperative relative al recesso del consumatore (v. per analoghe considerazioni BEN SHAHAR, POSNER, *The right to withdraw*, cit., 132).

⁷⁰ Di strategia integrata tra recesso e trasparenza, parla invece PILIA, *Accordo debole*, cit., 367, il quale ritiene che tale collegamento funzionale sia diretto a riequilibrare posizioni originariamente squilibrate. Per contro, si può osservare che tale difficile opera di riequilibrio esige una strategia integrata molto più complessa (controllo sulle clausole vessatorie, trasparenza sostanziale, consulenza sul merito creditizio e sui rischi di sovraindebitamento e, a monte, facilità di confronto tra le offerte sul mercato), nella quale il ruolo del recesso è marginale.

4. Il recesso-rimedio. Omessa informazione al consumatore, lesione dell'interesse e uso opportunistico del recesso

Il recesso costituisce rimedio vero e proprio, orientato a obiettivi di deterrenza simili – seppure non sovrapponibili⁷¹ – a quelli della nullità di protezione⁷², là dove il professionista ometta l'informazione circa la sussistenza del diritto e le sue modalità di esercizio.

In questo caso, la facoltà del consumatore di sciogliere il contratto non risponde più alle logiche esaminate sopra, ma rappresenta la reazione all'omissione informativa, reputata particolarmente grave dal legislatore europeo. Con riferimento a tali ipotesi, il sistema dovrebbe ricomporsi secondo un canone unitario: il recesso è presidio di una corretta informazione, che è obiettivo del legislatore fare sì che conformi la prassi operativa dei professionisti.

Il diritto europeo ha individuato un delicato punto di equilibrio tra le esigenze di certezza nella circolazione dei beni e l'eventuale utilizzo opportunistico del rimedio, mitigando gli effetti della giurisprudenza *Heininger*⁷³, che – sulla scorta del principio di effettività – ammetteva, per i contratti conclusi fuori dei locali commerciali⁷⁴, l'esercizio del recesso *sine die*⁷⁵. Per contro, la disciplina vigente (art. 53, comma 1, cod. cons.) preve-

⁷¹ Esclude la prossimità tra nullità di protezione e recesso, sostenuta da una parte della dottrina (v. SCALISI, *Nullità*, cit., 173 s.; RENDE, *Il recesso*, cit., 545 ss.), PAGLIANTINI, *L'ibridazione*, cit., 280.

⁷² In dottrina v. PASSAGNOLI, *Analisi di un falso principio: nullità speciali e restituzione unilatera*, in *Persona e Mercato*, 2021, 260 ss.; D'AMICO, *Sul carattere c.d. "selettivo" della nullità di protezione*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, 7 ss.; PAGLIANTINI, *Un giro di orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, in *Persona e Mercato*, 2021, 37 ss.

⁷³ V. GGUE, 13 gennaio 2001, C-481/99. I potenziali effetti negativi sul mercato interno della sentenza erano stati rilevati da una parte della dottrina (specie germanica: riferimenti in FARNETI, *Il recesso nei contratti a distanza e fuori dei locali commerciali*, in *Tratt. dei contratti*, V, *Mercati regolati*, Milano, 2014, 145, nt. 115), ma si tratta di considerazioni che trascurano la strategia regolatoria del legislatore europeo, il quale impiega l'effettività della tutela del soggetto debole (in questo caso il consumatore) al fine di conformare la qualità dell'offerta in determinati segmenti di mercato. Conformazione funzionale a uno sviluppo efficiente dei medesimi. Per osservazioni analoghe, sia pure in altro contesto: v. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit. 11 ss. Cfr. inoltre, per un'attenuazione giurisprudenziale degli effetti della sentenza *Heininger*, CGUE, 10 aprile 2008, C-412/2006, la quale aveva individuato nell'esecuzione bilaterale del contratto un limite funzionale alla facoltà del consumatore di esercitare il recesso in caso di omessa informazione. Per valutazioni critiche al riguardo: v. RENDE, *Il recesso*, cit., 529 ss.

⁷⁴ Mancando nella direttiva 85/577/CEE una disposizione che individuasse un termine di decadenza della facoltà di recesso del consumatore in caso di mancata informazione circa la medesima facoltà, viceversa presente nella direttiva sui contratti a distanza (art. 6, direttiva 97/7/CE).

⁷⁵ La disciplina italiana previgente si poneva in aperto contrasto con l'orientamento della Corte di Giustizia, limitandosi a prevedere nel caso di omessa o inesatta informazione sul diritto di recesso, sia per i contratti a distanza che per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali, un'estensione del termine per l'esercizio del recesso. Al riguardo, v. FARNETI, *Le gravi conseguenze della mancata informazione circa il diritto di recesso nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali*,

de, in caso di omessa informazione sul diritto di recesso ex art. 49, comma 1, lett. h, cod. cons., un termine decadenziale annuale, che decorre trascorsi quattordici giorni dalla conclusione del contratto o dalla consegna del bene⁷⁶.

La ricostruzione in chiave rimediabile di questa ipotesi di recesso consente di conseguire alcuni non marginali risultati applicativi, che si giustificano anche nella prospettiva di un già individuato punto di equilibrio tra operatività del rimedio ed esigenze di certezza del professionista. Stabilito che l'esigenza del professionista a contenere i rischi derivanti da eventuali eccessi di tutela dei consumatori è individuata nel termine decadenziale annuale, è possibile realizzare uno sviluppo ermeneutico in senso marcatamente rimediabile del recesso, orientato a una sua più netta effettività.

In primo luogo, si consideri che l'art. 53 cod. cons., che dispone la proroga del termine di decadenza per l'esercizio del recesso, pare considerare il solo "non adempimento" dell'obbligo di informazione. È da chiedersi se il legislatore abbia inteso riferirsi al solo inadempimento totale dell'obbligo, come pure si potrebbe sostenere sulla base della lettera della legge. All'opposto, la natura rimediabile di questa previsione di recesso induce a concludere che il diritto debba essere riconosciuto non solo in caso di omissione dell'informazione, ma in ogni caso di lesione dell'interesse protetto, vale a dire anche quando essa sia inesatta o, soprattutto, poco trasparente⁷⁷.

in *Studium iuris*, 2003, 539 s. Va osservato che, coerente con la decisione Heininger, risulta essere, seppure in altro contesto, la previsione di cui all'art. 30, comma 7, t.u.f., che dispone la nullità del contratto concluso fuori sede di collocamento di strumenti finanziari (o di servizi di investimento), in caso di omessa informazione sul diritto di recesso da parte dell'intermediario: al riguardo v. P. GIUDICI, *Mercato finanziario*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da ROPPO, V, *Mercati regolati*, Milano, 2014, 1110; NATOLI, *Lo jus poenitendi ex art. 30 t.u.f. dopo il d.l. n. 69/13 (c.d. "decreto del fare")*, in *NLCC*, 2014, 231 ss.

⁷⁶ Termine esteso a trenta giorni dal nuovo art. 53, comma 2, cod. cons. (introdotto dal d.lgs. n. 26/2023), per i contratti conclusi "nel contesto di visite non richieste di un professionista presso l'abitazione di un consumatore oppure di escursioni organizzate da un professionista con lo scopo o con l'effetto di promuovere o vendere prodotti ai consumatori". Valutazioni critiche riguardo alla scelta del legislatore di individuare un termine finale per l'esercizio del recesso-rimedio in PAGLIANTINI, *L'ibridazione*, cit., 277 s., il quale, condivisibilmente, ritiene che il punto di equilibrio individuato dal legislatore abbia sacrificato eccessivamente l'effettività della tutela del consumatore, a fronte di un guadagno di certezza per gli operatori del mercato. Guadagno non meritevole, invero, poiché originato da un inadempimento all'obbligo informativo che rischia di sterilizzare l'efficacia del recesso quale strumento di regolazione del mercato.

⁷⁷ Cfr. PAGLIANTINI, *L'ibridazione*, cit., 281; e, in termini dubitativi, FARNETI, *Il nuovo recesso*, cit., 979. A questo riguardo, v. per importanti aperture, CGUE, 23 gennaio 2019, C-430/17, in *NGCC*, 2019, 670 ss., con commento di F. RENDE, *Il ruolo dell'informazione sul recesso dopo la sentenza Walbusch Walter Busch*, la quale chiarisce che, prima della conclusione del contratto, il consumatore deve essere informato anche su condizioni, termini e modalità di esercizio del diritto di recesso. Cfr. inoltre OP HEJL, *Pre-Contractual Information Duties: Case Note on Walbusch Walter Busch C-430/17*, in *EuCML*, 2019, 247 ss.

L'art. 57, comma 2, cod. cons., superando la giurisprudenza *Messner*⁷⁸, afferma l'irrelevanza dell'operatività dei principi di buona fede e di arricchimento ingiustificato ("non è in alcun caso responsabile"), nel valutare il deprezzamento conseguente all'uso della cosa che il consumatore sia tenuto a restituire in caso di recesso conseguente all'omessa informazione esercitato nel termine lungo. Il rischio di deprezzamento della cosa è, in altri termini, allocato integralmente sul professionista. Si tratta di una previsione chiaramente orientata a scongiurare il fatto che il trascorrere del tempo e l'usura dei beni oggetto dell'operazione negoziale possano costituire un disincentivo per il consumatore nell'esercitare il rimedio del recesso, premiando indirettamente il professionista inadempiente. Questa logica protettiva⁷⁹, fortemente ispirata a obiettivi di deterrenza, presenta significativi punti di contatto con quella elaborata dalla Corte di giustizia nel costruire il sistema delle nullità (parziali) di protezione⁸⁰. Tanto da sollevare interrogativi sulla coerenza – nella ricostruzione di un sistema di protezione del contraente debole – di quanto affermato dalle nostre sezioni unite nell'ipotesi di uso selettivo della nullità (totale) di protezione, ove è stato riconosciuto uno spazio di operatività per il principio di buona fede⁸¹. Occorre, in altri termini, chiedersi se il sistema europeo di tutele del consumatore lasci spazio per un sindacato in termini di abuso da parte del consumatore⁸² dell'esercizio della facoltà di impugnare, mediante il recesso, l'operazione contrattuale,

⁷⁸ CGUE, 3 settembre 2009, C-489/07. In dottrina, v. PAGLIANTINI, *La forma informativa degli scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 281 ss.

⁷⁹ Al riguardo v. DELFINI, *La novella del codice del consumo in tema di contratti a distanza dei consumatori*, in *Giustiziacivile.com*, 2014, 7.

⁸⁰ CGUE, grande sez., 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17, in *NGCC*, I, 2019, 424 ss. con nota di IULIANI, *L'abusività delle clausole di risoluzione anticipata nel quadro dell'armonizzazione giudiziale del diritto europeo*. CGUE, 21.1.2015, cause riunite C-482/13, C-484/13, C- 85/13 e C-487/13, in *NGCC*, 2015, I, 417 ss., con nota di PAGLIANTINI, *Il restatement della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*. In dottrina, v. inoltre, PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *NGCC*, 2019, II, 561 ss.; AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *ODCC*, 2017, 55 ss.; e, ora, D'ADDA, *Integrazione del contratto*, in *Enc. dir., I tematici*, 2021, Milano, 609 ss.

⁸¹ V. Cass., ss. uu., 4 novembre 2019, n. 18314, in *NGCC*, 2020, 28 ss., con nota di DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*. Il richiamato orientamento delle sezioni unite è, da ultimo, messo in discussione dalla recente decisione Bank Millennium: CGUE, 15 giugno 2023, C-520-21, n. 75 e ss. che, in caso di nullità totale conseguente alla vessatorietà di una clausola principale, esclude pretese restitutorie della banca mutuataria rispetto a quella con oggetto il solo capitale.

⁸² In questi termini, dubitativamente, PAGLIANTINI, *L'ibridazione*, cit., 283 s., il quale riconosce che tale strategia normativa è volta ad evitare "la variabile incerta di un sindacato giudiziale" sul contegno del consumatore, "certificando così che la legislazione europea continua ad essere imposta come una normativa avente per soggetto una categoria seriale, di talché rifugge dal congegnare le tecniche di tutela secondo metriche ispirate a una ponderazione delle situazioni *in concreto*". Contrario a riconoscere uno spazio per il sindacato circa la condotta del consumatore: LOOS, *Rights*, cit., 16.

allorquando tale facoltà costituisca la risposta alla violazione di un obbligo del professionista.

Una simile impostazione è stata recentemente confermata dalla Corte di Giustizia UE a proposito del recesso del consumatore da un contratto di servizi concluso fuori dai locali commerciali del professionista, senza ricevere da quest'ultimo l'informazione relativa alla facoltà di recedere⁸³. In questa ipotesi, pur caratterizzata da una esatta esecuzione del contratto da parte del professionista, la Corte ha affermato l'inoperatività di una pretesa del professionista fondata sui principi di arricchimento ingiustificato, sul presupposto che il recesso-rimediabile, esercitato dal consumatore, non potesse essere gravato da costi⁸⁴. La Corte puntualizza altresì che tale soluzione, evidentemente tesa a incentivare una buona dose di opportunismo rimediabile del consumatore, sia da reputare contrastante con il principio di proporzionalità dei rimedi. Tanto più che, proprio in materia di servizi (e dunque di prestazioni di *facere*), la pretesa del professionista a ottenere la restituzione da parte del consumatore dell'arricchimento ingiustificato – quantificato secondo parametri di mercato – determinerebbe una surrettizia facoltà del professionista di conseguire altrimenti il corrispettivo (comprensivo dei margini di guadagno) per la prestazione eseguita⁸⁵. Da un diverso angolo visuale, si potrebbe altresì concludere che il “micro-sistema” delle restituzioni consumeristiche riconosce una pretesa restitutoria in capo al professionista, soltanto là dove l'arricchimento del consumatore risponda alla

⁸³ Cfr. CGUE, 17 maggio 2023, C-97-22, ove la questione pregiudiziale riguardava un contratto relativo alla ristrutturazione di un impianto elettrico da parte di un professionista.

⁸⁴ CGUE, 17 maggio 2023, C-97-22, n. 32.

⁸⁵ La richiamata soluzione della Corte di Giustizia è conforme al dettato letterale della direttiva CRD (art. 9), a mente della quale il recesso-rimedio è esercitato “senza costi”. Inoltre, essa risulta essere anche coerente con il sistema delle tutele restitutorie. Una delle ipotesi tipiche di arricchimento in cui è tradizionalmente esclusa l'operatività del rimedio restitutorio è quella dell'arricchimento imposto, vale a dire il caso di benefici non desiderati dall'individuo arricchito (in questo caso, il consumatore) dal comportamento dell'impoverito (il professionista), che determina una modificazione qualitativa o quantitativa del patrimonio (TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, 10 ss.; GALLO, *Arricchimento senza causa. Artt. 2041-2042*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2003, 109 ss.; DI PAOLA, PARDOLESI, *Arricchimento. I) Azione di arricchimento*, in *Dir. Civ., in Enc. Giur.*, III, Roma, Ist. Treccani, 1988, 3). In questa prospettiva, occorre attentamente valutare le condizioni alle quali si può ritenere che il consumatore abbia prestato un consenso all'incremento patrimoniale. Se, per un verso, sarebbe arduo negare che la fattispecie contrattuale possa essere letta quale assenso dell'arricchito al comportamento dell'impoverito, è, per l'altro, parimenti vero che l'esercizio del recesso-rimedio annienti, con effetti retroattivi, tale assenso, trasformando la prestazione dell'impoverito (il professionista) in un arricchimento imposto, che, in questa prospettiva, il consumatore-arricchito non può essere tenuto a restituire. Tanto più che, nel caso di recesso-rimedio, la lesione della prerogativa del consumatore, il quale non viene debitamente informato circa la facoltà di recedere, impedisce di considerare in buona fede il professionista, che esegua la prestazione in pendenza del termine lungo del recesso: col che si giustificerebbe altrimenti l'inoperatività del rimedio restitutorio (TRIMARCHI, *op. cit.*, 30; GALLO, *op. cit.*, 112).

concezione reale dello stesso, ossia a un'effettiva acquisizione di un bene che possa essere materialmente restituito.

La ricostruzione in termini unitari del recesso, nei casi in cui esso costituisce reazione rimediabile all'omessa informazione, esclude che si possa attingere, per giustificare differenze di regime, alla segnalata differenza di *rationes* dei recessi nelle diverse operazioni negoziali. Irragionevoli, pertanto, risultano le differenze tra vendita porta a porta e contratti a distanza, da un lato, e, dall'altro, credito ai consumatori e contratti finanziari a distanza, specie per quanto concerne l'identificazione del termine finale di decadenza per l'esercizio del recesso conseguente all'omessa informazione sul diritto di recesso. Nel caso del recesso del consumatore nelle vendite a distanza e porta a porta, il legislatore individua il *dies ad quem* in un anno dalla conclusione del contratto (o dalla consegna del bene), mentre, nel comparto finanziario, la disciplina (art. 125 *ter* t.u.b., art. 67 *septiesdecies* cod. cons.) non prevede espressamente alcun termine, collegando il *dies ad quem* per il recesso al solo adempimento – anche tardivo – dell'obbligo informativo. Invero, se si concentra l'attenzione sulla sola informazione relativa alla facoltà di esercitare il recesso⁸⁶, la rilevata disparità di trattamento non sembra giustificabile rimarcando le peculiarità di *search goods* e *credence goods*: soltanto questi ultimi, in ipotesi, richiederebbero un regime più rigoroso del recesso⁸⁷. Così giustificata, la disparità è certamente arbitraria, giacché, nella specifica prospettiva del diritto di recesso e della informazione su di esso, non vi è affatto l'esigenza sostanziale di un regime più rigoroso per i *credence goods*, che non possono essere certo meglio compresi dal consumatore in un assai breve lasso di tempo. Inoltre, va puntualizzato che quando il diritto di pentimento non consegue al-

⁸⁶ L'art. 125-*ter* t.u.b., in attuazione della analoga disposizione europea (art. 14 direttiva 2008/48/CE), individua nel diritto di recesso un rimedio per la violazione dell'obbligo in capo alla banca di informare il consumatore, non solo circa la facoltà di recedere entro quattordici giorni dalla conclusione del contratto, ma anche relativamente alle principali condizioni contrattuali, che devono essere indicate in modo "chiaro e conciso" (v. Disposizioni di trasparenza di Banca d'Italia, sez. VII, §5.2.1; art. 10 direttiva 2008/48). Ciò si ricava se si considera che il termine per l'esercizio del recesso decorre dalla conclusione del contratto, soltanto qualora il finanziatore veicoli al consumatore le informazioni previste dal citato art. 10. Si pongono pertanto delicati problemi – che in questa sede non possono che essere solo accennati – di coordinamento tra la disciplina del recesso e quella della nullità prevista dai commi 7,8 e 9 dell'art. 125-*bis* t.u.b. (al riguardo v. MAUGERI-PAGLIANTINI, *op. cit.*, 47 ss.) ovvero dell'intrasparenza delle relative clausole (v. S. PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, V, 2012, 1304 ss.) e di individuazione di una soluzione coerente con la funzione rimediabile del recesso della previsione dell'obbligo in capo al consumatore di pagare "gli interessi maturati fino al momento della restituzione" (art. 125-*ter*, comma 2 lett. b). Tale ultima previsione si presta a un utilizzo strumentale da parte del finanziatore, che omette un'informazione richiesta dall'art. 125-*bis* t.u.b., tanto da suggerirne una lettura che ne riduca l'ambito di applicazione (così MAUGERI-PAGLIANTINI, *op. cit.*, 112 ss.).

⁸⁷ Così PAGLIANTINI, *L'ibridazione*, cit., 279, il quale giustifica la scelta normativa in base alla natura sanzionatoria delle previsioni di nullità di cui agli artt. 30, comma 7, t.u.f. e art. 67 *spetiesdecies* cod. cons. e sul presupposto di una diversa natura dell'informazione nel contesto delle operazioni finanziarie.

la mancata o imprecisa informazione sugli aspetti centrali dell'operazione economica, che connota gli obblighi del professionista nel comparto finanziario (art. 125-*bis*, comma 1, t.u.b.), bensì alla semplice omissione dell'informazione circa la facoltà di esercitare il recesso entro un breve termine dalla conclusione dell'operazione negoziale: si tratta di un rimedio che reagisce a un'omissione di un'informazione non decisiva per la scelta del consumatore di indebitarsi. In quest'ultima ipotesi, non vi sono ragioni per respingere una risposta rimediabile omogenea, senza distinzioni incongrue tra operazioni negoziali. Pertanto, l'assenza di un termine di perenzione nel comparto finanziario – quando l'omissione informativa riguardi la facoltà di recesso – ben potrebbe essere considerata una lacuna da integrare analogicamente⁸⁸, fermo restando il limite della bilaterale esecuzione del contratto⁸⁹.

Si può, infine, concludere, sempre seguendo questa direttrice ermeneutica, nel senso dell'irragionevolezza della disciplina dei servizi di investimento con riferimento ai quali persiste la previsione di nullità speciale di cui all'art. 30 t.u.f. quale conseguenza dell'inadempimento all'obbligo informativo⁹⁰.

5. Considerazioni conclusive

Il quadro appena tratteggiato si presenta alquanto frastagliato. Le incertezze e le incoerenze che connotano i profili funzionali del recesso del consumatore suggeriscono all'interprete caute direttive ermeneutiche, specie per quanto concerne la puntuale identificazione dell'ambito di applicazione.

⁸⁸ Va, tuttavia, osservato che tale conclusione pare esclusa da una recente sentenza della Corte di Giustizia UE: CGUE, 9 settembre 2021, cause riunite C-33/20, C-155/20 e C-187/20, che ha statuito: “L'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2008/48 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che il creditore eccepisca la decadenza dal diritto in occasione dell'esercizio, da parte del consumatore, del suo diritto di recesso conformemente a detta disposizione, ove una delle indicazioni obbligatorie di cui all'articolo 10, paragrafo 2, di tale direttiva non figurasse nel contratto di credito né sia stata debitamente comunicata in un momento successivo, indipendentemente dalla questione se detto consumatore ignorasse l'esistenza del proprio diritto di recesso senza essere responsabile di tale ignoranza”. La Corte ha altresì escluso che l'esercizio del recesso possa essere reputato in questo caso abusivo. Va al riguardo osservato che la sentenza riguarda, tra le altre, l'omissione da parte della banca dell'informazione relativa all'esatto ammontare dell'interesse moratorio e pertanto, un aspetto non marginale dell'operazione economica. Bisogna chiedersi, per contro, se possa considerarsi tale l'informazione relativa al diritto di recesso, là dove il set informativo relativo al credito (art. 125-*bis* t.u.b. e art. 10 direttiva 2008/48) sia completo e chiaro.

⁸⁹ CGUE, 10 aprile 2008, C-412-2006. MAUGERI, PAGLIANTINI, *op. cit.*, 114.

⁹⁰ Una differente prospettiva in DOLMETTA, MALVAGNA, MINNECI, *op. cit.*, 6 ss. Per considerazioni di segno diverso: v. di recente, ARRIGONI, *La disciplina dell'offerta fuori sede nei mercati finanziari moderni*, in *Contratti*, 2023, 136, il quale è critico rispetto alla stessa facoltà di un uso opportunistico del rimedio demolitorio.

È certamente da condividere il monito di chi ha radicalmente escluso che l'istituto si presti a operazioni estensive o addirittura analogiche⁹¹. Una delimitazione strettamente letterale dell'ambito di applicazione si giustifica in ragione delle incertezze che si annidano nella giustificazione dell'imperatività di una così ampia previsione del *ius poenitendi*. Come dimostrato anche dalla recente casistica affrontata dalla Corte di Giustizia, risulta cruciale la definizione del perimetro di operatività delle esenzioni previste dagli artt. 47 e 59 cod. cons.⁹² Ipotesi che richiedono uno scrupoloso esame, con l'obiettivo di accertare se l'esclusione del diritto di recesso sia coerente con la caratterizzazione funzionale che innerva la disciplina. Se, da un lato, il legislatore ha cercato di fornire un elenco tassativo di esclusioni al fine di dare alle imprese sufficiente prevedibilità applicativa, è, dall'altro, da notare che alcune esenzioni agevolano facili elusioni del diritto di recesso del consumatore da parte dei professionisti. Di conseguenza, è da condividere l'orientamento della Corte di Giustizia, che, sia pure su basi puramente logico-sistematiche, ritiene che le esenzioni debbano essere interpretate in senso restrittivo, in quanto eccezioni alla regola generale del recesso⁹³. Ciò significa che “la fornitura di un contenuto digitale” ex art. 59, comma 1, lett. o) cod. cons. non può essere ritenuta qualsiasi prestazione di servizio (es. un test di personalità) erogata su internet, ma esige che il contenuto della fornitura possa essere fruito dal consumatore attraverso lo strumento digitale (es. *streaming* audio o video)⁹⁴. Si pensi, inoltre, al caso dei “beni confezionati su misura o chiaramente personalizzati” ex art. 59, comma 1, lett. c): tale esenzione si applica, a con-

⁹¹ V. BENEDETTI, *Recesso*, cit., 960.

⁹² L'art. 59 è stato recentemente novellato dal d.lgs. n. 26/2023 attuativo della direttiva 2161/2019, nel senso di escludere l'operatività di alcune esenzioni (in particolare quelle previste alle lett. a, b, c ed e) in caso di vendite non richieste dal consumatore sollecitato presso la sua abitazione ovvero in ambito di escursioni organizzate allo scopo di sollecitare l'acquisto di beni o servizi.

⁹³ Cfr. CGUE, 8 ottobre 2020, C-641/19, § 43: “L'articolo 16, lettera m), della direttiva 2011/83, che costituisce un'eccezione al diritto di recesso, in quanto disposizione di diritto dell'Unione che limita i diritti riconosciuti a fini di tutela dei consumatori, deve essere interpretato restrittivamente”; CGUE, 14 maggio 2020, C-208/19, § 40 e 56; CGUE, 27 marzo 2019, C-681/17: “L'articolo 16, lettera e), 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, deve essere interpretato nel senso che non rientra nella nozione di «beni sigillati che non si prestano ad essere restituiti per motivi igienici o connessi alla protezione della salute e sono stati aperti dopo la consegna», ai sensi di tale disposizione, un bene come un materasso, la cui protezione è stata rimossa dal consumatore dopo la consegna dello stesso”.

⁹⁴ Così CGUE, 8 ottobre 2020, C. 641/19: “L'articolo 16, lettera m), della direttiva 2011/83, in combinato disposto con l'articolo 2, punto 11, della medesima, deve essere interpretato nel senso che la redazione, da parte un sito Internet di incontri, di un profilo di personalità basato su un test di personalità realizzato da tale sito non costituisce fornitura di un «contenuto digitale», ai sensi di tale disposizione”.

dizione che il processo di personalizzazione riguardi un bene e non un servizio⁹⁵ e sia irreversibile (“su misura”) e che il bene personalizzato sia tale per cui non possa essere in alcun modo immesso sul mercato nuovamente dal professionista. Pertanto, l’esonero non potrà applicarsi a forme di personalizzazione standardizzate, quali, ad esempio, scelta fra dimensioni standard, scelta del colore del prodotto o simili. Inoltre, come chiarito dalla Corte di Giustizia, non rileva, ai fini dell’applicazione dell’esenzione in parola, che la produzione dell’oggetto non sia stata avviata e che quindi il professionista non sopporti alcun costo per l’esercizio del recesso: esigenze di certezza – che si traducono in regole di organizzazione interna dell’attività d’impresa – richiedono l’applicazione inflessibile della deroga⁹⁶. Parimenti, non appare ingiustificata la scelta del legislatore di differenziare la fornitura di contenuti e servizi digitali⁹⁷, in ragione della natura corrispettivo richiesto dal professionista: nel caso in cui si tratti di un prezzo in denaro, il recesso può essere escluso a condizione il consumatore abbia consapevolmente deciso di rinunciare al diritto di pentirsi e scelto di ottenere immediatamente la fornitura del contenuto (art. 16 CRD, come modificata dalla direttiva 2019/2161/UE e nuovo art. 59, comma 1, lett. o)⁹⁸; viceversa, tali cautele non sono previste nell’ipotesi in cui la contropartita della fornitura è costituita esclusivamente dai dati⁹⁹. Soluzione che, pur criticata da al-

⁹⁵ Cfr. al riguardo CGUE, 14 maggio 2020, C-208/19: “L’articolo 2, punti 3 e 4, nonché l’articolo 16, lettera c), della direttiva 2011/83 devono essere interpretati nel senso che un contratto concluso tra un architetto e un consumatore, in forza del quale il primo s’impegna ad effettuare, per il secondo, in base alle esigenze ed ai desiderata di quest’ultimo, la progettazione di una casa unifamiliare di nuova costruzione e, in tale contesto, a realizzare taluni progetti, non costituisce un contratto per la fornitura di beni confezionati su misura o chiaramente personalizzati, ai sensi di tale disposizione”. La Corte ha infatti chiarito che per l’esclusione del recesso nei servizi occorre fare riferimento alla disciplina specifica che richiede al professionista di informare specificamente il consumatore riguardo alle conseguenze dell’immediata esecuzione del contratto e alla conseguente necessità che quest’ultimo presti un consenso espresso alla rinuncia del diritto di recesso da parte del consumatore.

⁹⁶ Cfr. CGUE, 21 ottobre 2020, C-529/19: “L’articolo 16, lettera c), 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, deve essere interpretato nel senso che l’eccezione al diritto di recesso prevista da tale disposizione è opponibile al consumatore che ha concluso un contratto negoziato fuori dei locali commerciali relativo alla vendita di un bene che dovrà essere confezionato secondo le sue specifiche, indipendentemente dal fatto che il professionista abbia iniziato la produzione di detto bene”.

⁹⁷ Su questa distinzione: v. MISCHAU, *The Concept of Digital Content and Digital Services in European Contract Law*, in *EuCML*, 2022, 6 ss., la quale rileva che la fornitura di servizi digitali è presa in considerazione, in relazione alla facoltà di recesso, all’art. 16.1 lett. a CRD.

⁹⁸ L’inadempimento del professionista a tali obblighi informativi è sanzionato dal legislatore con l’espressa previsione della gratuità della fornitura (v. art. 14.4 CRD).

⁹⁹ Critico verso questa opzione legislativa, VERSACI, *op. cit.*, 594; in questo senso anche, con riferimento al precedente testo dell’art. 16 CRD, DE FRANCESCHI, *Il “pagamento” mediante dati personali*,

cuni, non pare costituire una disciplina di favore per il professionista che conformi in tal senso la propria offerta commerciale, giacché il legislatore ha piuttosto tenuto conto delle peculiarità che la trasmissione dei dati personali riveste, allorquando costituisce la contropartita contrattuale¹⁰⁰, rivelandosi sostanzialmente inutile il diritto di recesso e la conseguente sospensione dell'esecuzione della fornitura. Tanto più che, in queste ipotesi, non risulterebbe applicabile il principale effetto sanzionatorio del recesso rimediale, previsto dall'art. 14.4 lett. b CRD: secondo il quale, in assenza di una rinuncia consapevole al diritto di recesso da parte del consumatore, questi non è tenuto a versare alcun corrispettivo al professionista, che abbia eseguito il servizio, senza attendere la scadenza del termine per l'esercizio del diritto di recesso¹⁰¹.

Da altro e più ampio angolo visuale, è possibile rilevare che il *fitness check* del diritto dei consumatori, conclusosi nel 2017, così come il *consumers new deal* del 2019 sono stati – nella prospettiva della individuazione di una disciplina più efficiente del diritto di recesso – un'occasione mancata¹⁰². Il recesso è stato, se non in relazione a profili marginali, fuori dall'obiettivo di indagine della Commissione, con il che non si è nemmeno discussa una sua revisione.

Per contro, l'analisi che precede dimostra come fosse probabilmente maturo il tempo per una migliore puntualizzazione del campo di applicazione del recesso, ad esempio, con riferimento alla contrattazione a distanza. Tale ampia categoria include la contrattazione online che, anche in ragione degli effetti dell'evento pandemico, è ormai un segmento maturo del mercato dei beni di consumo nell'Unione¹⁰³. Sarebbe da chiedersi,

in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di CUFFARO, D'ORAZIO, e RICCIUTO, Torino, Giappichelli, 2019, 1408, il quale ravvede nel testo della direttiva una disparità di trattamento tra la disciplina del recesso in caso di pagamento in denaro e in caso di "pagamento" mediante dati personali e si interroga sull'opportunità "in caso di trasferimento definitivo di un contenuto digitale" di un "obbligo di rimborso del valore da parte dell'utilizzatore" che abbia revocato il consenso al trattamento dei dati. Lamenta la disparità di trattamento tra fornitura di contenuti e servizi digitali e altri contratti, connotati dal trasferimento dei dati quale contropartita della fornitura: PAGLIANTINI, *L'attuazione minimalista*, cit., 1521, ma v. 1549, ove è riconosciuta una differenza tra contropartita pecuniaria e trasferimento di dati in relazione alle conseguenze della disciplina del recesso.

¹⁰⁰ In questo senso, v. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, 161. Cfr. inoltre SENIGALLIA, *Minore età e contratto*, Torino, 2020, 141 ss., il quale sottolinea le analogie tra recesso e revoca del consenso al trattamento dei dati ex art. 7 GDPR nel contesto delle operazioni negoziali menzionate nel testo.

¹⁰¹ A tale riguardo v. i considerando nn. 30-38 Direttiva 2019/2161/UE.

¹⁰² COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione della commissione al parlamento europeo e al consiglio sull'applicazione 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*, 23 maggio 2017, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0259&from=EN>.

¹⁰³ In questi termini si esprimeva più di dieci anni fa LOOS, *Rights*, cit., 8. Così anche BECHER, BAR GILL, *Consumer protection*, cit., 37.

pertanto, se esso richieda ancora una disciplina che ne promuova lo sviluppo¹⁰⁴, anche in ragione di contrastanti obiettivi di politica economica di promozione del commercio locale al dettaglio.

A ciò si aggiunga che, come si è detto, la dottrina non ha identificato specifici fallimenti del mercato, o comunque disfunzioni cognitive, che connotano le negoziazioni dei consumatori in tale segmento¹⁰⁵, rilevando, al contrario, nella contrattazione online le potenzialità di un consumo più informato e consapevole¹⁰⁶.

Il legislatore europeo avrebbe così potuto considerare, in questo specifico contesto, l'introduzione – sulla scorta del modello israeliano¹⁰⁷ – di maggiori costi per il recesso (corrispondenti ai costi sopportati dal professionista per consentire tale facoltà al consumatore), con la previsione di un tetto massimo ovvero di facoltà di *opt in* (o di *opt out*) per il consumatore¹⁰⁸.

ABSTRACT

Il saggio, prendendo le mosse dai recenti interventi in materia di tutela del consumatore (new deal for consumers), si sofferma sul recesso del consumatore. Strumento di protezione della parte debole che il legislatore europeo ha previsto in contesti non sempre omogenei, ma sempre funzionale a contenere potenziali fallimenti del mercato. Non è pertanto agevole giustificare, in una prospettiva funzionale, la disciplina sostanzialmente unitaria, in considerazione di marcate differenze che caratterizzano i mercati ove è previsto il recesso. In questa prospettiva, sono pertanto auspicabili differenti approcci ermeneutici, volti a valorizzare, ove possibile, le differenze funzionali che il recesso presenta nei diversi contesti di mercato. Presenta, viceversa, maggiore omogeneità il recesso al quale il legislatore europeo riconosce una funzione propriamente rimediale, vale a dire quando il recesso è previsto in caso di omessa informazione da parte del professionista. A tale riguardo, per ricostruire la disciplina del recesso, non è possibile trascurare alcuni recenti interventi della Corte di Giustizia UE, specie in materia di obblighi restitutori del consumatore. Preso atto del nesso tra recesso e regolazione del mercato, è cruciale esaminare le ipotesi in cui il legislatore europeo ha escluso l'applicazione del recesso: benché l'interpretazione restrittiva di queste ipotesi, patrocinata dalla Corte di Giustizia, sia tendenzialmente condivisibile, all'interprete è comunque richiesta un'attenta valutazione del contesto di mercato.

¹⁰⁴ È da ritenere ormai largamente superata nella prassi commerciale la considerazione di questa modalità di interazione negoziale come “subdola”: qualificazione, viceversa, frequente nella dottrina, anche recente (v. ad es. PILIA, *Accordo debole*, cit., 362).

¹⁰⁵ Cfr. ad es. LUZAK, *To withdraw or not to withdraw?*, cit., 97.

¹⁰⁶ Non dissimili le considerazioni di LUZAK, *To withdraw or not to withdraw?*, cit., 99 e EIDENMULLER, *Why Withdrawal Rights?*, cit., 10.

¹⁰⁷ Section 14e(b)(1) Consumer Protection Law.

¹⁰⁸ BECHER, BAR GILL, *Consumer protection*, cit., 35.

The essay, starting from recent interventions concerning consumer protection (new deal for consumers), focuses on consumer withdrawal. This instrument serves as a safeguard for the weaker party, as envisioned by the European legislator in contexts that are not necessarily uniform but consistently aimed at preventing market failures. Therefore, it is not easy to justify a predominantly unified regulation from a functional standpoint, considering the significant differences that characterize the markets in which withdrawal is allowed. Consequently, different interpretative perspectives, designed to valorize the functional disparities that withdrawal presents in diverse market contexts, are considered desirable. Conversely, there is greater uniformity in the withdrawal to which the European legislator attributes a distinct remedial function, namely when withdrawal is provided for in cases of professional's failure to provide information. "In this regard, to reconstruct the framework of withdrawal, it is essential not to overlook certain recent interventions by the Court of Justice of the European Union, particularly concerning consumer restitution obligations. Having acknowledged the connection between withdrawal and market regulation, it is crucial to examine the circumstances in which the European legislator has excluded the application of withdrawal: although the restrictive interpretation of these instances, endorsed by the Court of Justice, is generally agreeable, the interpreter is still required to carefully assess the market context.

