

Profili del contratto del consumatore

(Fernando Greco - Università di Lecce)

Sommario: 1. L'informazione. 2. La contrattualizzazione delle informazioni precontrattuali. 3. La trasparenza 4. Trasparenza dell'informazione e trasparenza del contratto. 5. Il neoformalismo negoziale. 6. Il formalismo nella fase precontrattuale. 7. *Ius poenitendi*: raccordo con categorie codicistiche e principi in materia di contratto. 8. La *ratio* dello *jus poenitendi*.

1. L'informazione

Assistiamo ad un sensibile arricchimento della normativa di diritto privato avente ad oggetto il contratto e, in particolare, delle tecniche giuridiche con cui vengono strutturate le cc.dd. "regole del gioco" contrattuale¹.

Tra gli aspetti di novità più significativi è da annoverare il diffuso utilizzo di regole relative all'informazione: quest'ultima tende a divenire parte del contenuto del contratto giungendo, talora, a condizionarne la validità. Le ripercussioni, anche di ordine qualitativo, sono notevoli sull'intero diritto dei contratti.

La necessità di interventi correttivi delle disparità di posizioni contrattuali, attuata introducendo precisi obblighi di informazione, agevola la corretta formazione della volontà contrattuale; il perseguimento di questo risultato, infatti, non può prescindere dalla acquisizione da parte del contraente debole della conoscenza esatta della contrattazione *in itinere*. Si attribuisce, così, al consumatore un maggiore potere contrattuale, in quanto viene limitata l'eventualità che il professionista speculi sugli eventuali vuoti informativi.

La prima indicazione che emerge dalle "nuove" normative rinvia ad una dato agevolmente osservabile: la disciplina dell'informazione presenta una maggiore e più dettagliata articolazione rispetto a quanto previsto nel codice nella parte generale sul contratto,

¹ Il riferimento è alle discipline: del credito, dell'intermediazione finanziaria, dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali, della vendita a distanza, della contrattazione a distanza di servizi finanziari, del commercio elettronico, del contratto di viaggio, della multiproprietà. Per un approfondimento più specifico delle singole normative si rinvia a F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005, 4 ss.

sia con riferimento alla fase precontrattuale che a quella post-contrattuale².

Nel codice civile la teoria degli obblighi di informazione fa perno, fondamentalmente, sugli artt. 1337 e 1338 c.c. (riguardanti la fase delle trattative) e sull'art. 1375 c.c. riguardante l'esecuzione del contratto. Più precisamente l'obbligo codicistico di informare implica che le parti si scambino tutte le conoscenze finalizzate a rafforzare la consapevolezza delle loro scelte sull'assetto contrattuale e della sua adeguatezza rispetto agli obiettivi realmente perseguiti³.

Non si è mancato di sottolineare che il riferimento all'art. 1337 c.c. in virtù del quale le parti devono comportarsi secondo buona fede nello svolgimento e nella formazione del contratto⁴, e l'obbligo ex art. 1338 c.c. di dare notizia alla controparte delle cause di invalidità note ad un solo contraente, rivelano ancor più nettamente la propria inadeguatezza nel settore del contratto dei consumatori, essendo risultati insufficienti ad impedire che la diffusione della contrattazione standard e seriale, tra professionista e consumatore, sommasse un significativo squilibrio di conoscenza e di consapevolezza allo squilibrio di forze economiche e di poteri contrattuali.

Si è, dunque, fatta strada nella materia consumeristica una tendenza di diverso segno per via dell'attribuzione all'informazione di una distinta fisionomia e di un peso maggiore, portando ad un irrigidimento del modello duttile ed aperto di matrice codicistica. L'informazione, assecondando i lineamenti del nuovo modello così configurato, persegue fini diversi, ma essa è certamente funzionale all'esigenza di rendere quanto più possibile chiaro il contenuto dei rapporti contrattuali, attribuendo, per conseguenza ad essi maggiore certezza.

Non può ovviamente ritenersi che un'informazione completa automaticamente assicuri correttezza ed equilibrio nei rapporti ma essa sicuramente rappresenta lo strumento più idoneo per giungere a relazioni

² Sul punto R. SACCO, *Il contratto*, in R. SACCO - G. DE NOVA, (diretto da) *Trattato di diritto civile*, Torino, 1993, 440.

³ D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, 14.

⁴ Per un approfondimento della vastissima letteratura sul punto v., tra gli altri, C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 211; F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in A. CICU - F. MESSINEO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1968, 301; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, 368.

contrattuali più corrette ed equilibrate consentendo alla "parte profana" di acquisire ulteriori elementi idonei a "gettare luce in relazione agli aspetti, per così dire normativi del regolamento"⁵.

Ben si comprende come l'obiettivo del legislatore sia quello di creare le condizioni strutturali affinché le informazioni possano circolare tra gli operatori in maniera efficiente, consentendo che le scelte dei singoli siano libere e razionali espressioni di preferenze, perché basate sulla conoscenza di dati obiettivi e comparabili piuttosto che su una situazione di inesistente informazione⁶.

Ed è proprio in tale direzione che le nuove tecniche segnano un'evoluzione del sistema rispetto all'impianto del codice civile, indirizzato invece a tutelare la libertà e la consapevolezza della parte tramite la disciplina dei vizi del consenso. Non a caso la dottrina più attenta ritiene che ci si debba emancipare da questa logica (che sarà pur sempre efficace nei negozi individuali e solitari, dove conserva rilievo l'identità delle parti) per elaborare una tutela del consenso negli scambi di mercato⁷.

Nelle misure miranti al riequilibrio delle posizioni dei contraenti attraverso prescrizioni di specifici obblighi di informazione è implicata una decisione politica incidente sull'organizzazione del mercato: l'aspirazione a far sì che il consenso raggiunto tra le parti sia supportato da un livello alto di consapevolezza, puntando a limitare il rischio di sopraffazione di una parte sull'altra, conforma il modo di agire dei soggetti operanti nel mercato e la fisionomia dei loro rapporti.

2. La contrattualizzazione delle informazioni precontrattuali

Una problematica di estremo interesse è quella relativa all'incidenza delle informazioni rese nella fase precontrattuale sulle vicende che interessano il contratto concluso all'esito di detta fase.

Si è osservato in dottrina come, in taluni ambiti, le informazioni fornite precedentemente alla stipulazione del contratto subiscano una sorta di

⁵ E. GABRIELLI - A. ORESTANO, *Contratti del consumatore*, in Dig. disc. priv., IV, 2000, 229.

⁶ Sul punto v. V. SCALISI, *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in S. MAZZAMUTO - G. TERRANOVA, (a cura di), *L'intermediazione mobiliare*, Studi in memoria di A. Maisano, Napoli, 1993, 71-72.

⁷ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 76.

attrazione nel contratto perfezionato, vincolando il contraente ad un adempimento conforme al contenuto del contratto. Emblematicamente può richiamarsi l'art. 88 del codice del consumo⁸ in materia di pacchetti turistici ed in particolare l'ultimo comma ove è previsto che le informazioni contenute nell'opuscolo informativo vincolano l'organizzatore e il venditore, in relazione alle rispettive responsabilità, a meno che le modifiche delle condizioni ivi indicate non siano comunicate per iscritto al consumatore prima della stipulazione del contratto o vengano concordate dai contraenti, mediante uno specifico accordo scritto, successivamente alla stipulazione. Si può, altresì, evidenziare come gran parte delle indicazioni elencate dall'art. 88 costituiscano altrettanti dati da ricomprendere, di necessità, nel contratto: così stabilisce l'art. 86.

E' stato opportunamente sottolineato⁹ come tali regole siano funzionali alla corretta formazione della volontà contrattuale, nella misura in cui accordano al consumatore protezione contro informazioni false o ingannevoli. In siffatta prospettiva, sembra indubbio il fatto che costituisca inadempimento contrattuale - risultando violato un diritto dell'acquirente del pacchetto turistico - l'aver somministrato, nella fase che precede la conclusione del contratto, informazioni ingannevoli.

Dalle riflessioni appena formulate è agevole intuire l'intento di rendere l'informazione precontrattuale funzionale ad un altro obiettivo: consentire l'emissione di un impegno da parte del soggetto tenuto a renderla che, se inosservato dà luogo a responsabilità contrattuale. Si ha ragione dunque ad affermare che l'obbligo in questione si emancipa da una dimensione puramente protettiva, per assumere un ruolo più attivo di conformazione del rapporto¹⁰.

Questa nuova valenza dell'obbligo di informazione sollecita una rilettura della clausola generale di buona fede, spingendo da una parte a rivedere i presupposti della responsabilità precontrattuale e dall'altra ad allargare l'ambito delle obbligazioni fonti di responsabilità contrattuale¹¹.

Anche i Principi del diritto europeo dei contratti si mostrano favorevoli a considerare, quale fonte di

⁸ Pubblicato in G.U. n. 235 dell'8 ottobre 2005, Suppl. ord., n. 162.

⁹ R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 972.

¹⁰ G. GRISI, *Gli obblighi di informazione*, in (a cura di) S. Mazzamuto, *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, 153.

¹¹ A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 1997, 117.

obbligazioni le dichiarazioni rese in fase precontrattuale. E' indicativo, a tal fine, il § 6:101 dei *Principles of European Contract Law* elaborati dalla commissione Lando¹² intitolato "Dichiarazioni che danno origine a obbligazioni contrattuali", ove è stabilito che la dichiarazione fatta da una parte prima, o al momento della conclusione del contratto, si considera fonte di obbligazioni contrattuali, se così l'altra parte l'ha ragionevolmente intesa nelle circostanze del caso tenendo presente: a) l'importanza che la dichiarazione sembra avere per l'altra parte; b) se la parte ha fatto la dichiarazione nell'esercizio di una attività commerciale; c) la rispettiva competenza delle parti.

La disposizione prosegue affermando che se una parte è un fornitore professionale che dà informazioni sulla qualità o l'uso dei beni o servizi o altro di cui sia titolare all'atto di metterli in commercio o pubblicizzarli in altra maniera prima che il contratto che li riguarda sia concluso, la dichiarazione si considera fonte di obbligazioni contrattuali, salvo che si provi che l'altra parte sapeva, o non avrebbe potuto non sapere, che la dichiarazione era inesatta.

Ciò che traspare in maniera sempre più marcata, da quanto esposto, è l'erosione del confine tra la responsabilità precontrattuale e quella contrattuale. Le informazioni fornite antecedentemente alla stipulazione del contratto ne integrano il contenuto, tant'è che il contraente professionale è contrattualmente obbligato a porre in essere un adempimento conforme a quanto reso esplicito nelle informazioni precontrattuali.

3. La trasparenza

Nel recente panorama normativo i richiami alla trasparenza sono sempre più numerosi. Il legislatore - prevalentemente quello comunitario - ne ha fatto uno dei nuclei portanti dei suoi interventi a difesa del consumatore. Dire cosa il concetto sottintenda non è, tuttavia, cosa agevole.

Talvolta, sembra trattarsi di clausola contenitore, una formula magica capace di enucleare svariati significati e suscettibile di impiego a diversi fini. Talaltra, il termine trasparenza è associato ad altro vocabolo per divenirne connotato qualificante ed

¹² *Principles of European Contract Law, Parts I e II, Combined and Revised, Prepared by The Commission on European Contract Law, Chairman, Ole Lando, edited by Ole Lando and Hague Beale, The Hague-London-Boston, 2000.*

implica chiarezza contrapposta ad opacità. In altre ipotesi la trasparenza è vocabolo utilizzato in sostituzione di altri già precedentemente impiegati dal legislatore, senza che ciò - sotto il profilo sostanziale - determini significative innovazioni.

Si deve comunque convenire che il canone di trasparenza non costituisce una mera evocazione etica, ma - nella misura in cui rinvia all'adozione di prescrizioni precise dirette a garantire effettività alla tutela di categorie di consumatori nel rapporto con gli imprenditori - dà corpo a vere e proprie norme di diritto positivo¹³.

Sul presupposto che detta "regola" rappresenti uno degli aspetti centrali delle recenti normative settoriali, ci si chiede se essa assuma la veste di principio ovvero se si tratti di un autonomo istituto o di una clausola generale.

Insomma, nonostante i frequenti rinvii normativi, la nozione di trasparenza contrattuale è di incerta connotazione¹⁴. Il momento attuativo è, poi, legato all'impiego di variegata tecniche e ciò - spesso - preclude l'individuazione di un'unica conseguenza in ipotesi di violazione. In effetti alla nozione di trasparenza, ove calata in ambito contrattuale, possono attribuirsi differenti significati: da quello che ne fa un requisito speciale ed autonomo del contratto o della clausola contrattuale, a quello che ne esalta, invece, la valenza di concetto che consente di osservare, sotto altra luce, i consueti problemi della volontà contrattuale, della sua formazione e dei suoi eventuali vizi.

Ci si può chiedere se la regola della trasparenza attenga ad una valutazione interna del contratto ovvero ad una valutazione esterna ad esso. A ben vedere, entrambe le prospettive appaiono corrette, giacché la realtà evidenzia come detta regola sia richiamata in contesti, rispetto al contratto, più ampi, che abbracciano - ad esempio - la pubblicità, le informazioni precontrattuali.

Tuttavia, l'ambito all'interno del quale la trasparenza assume una valenza concettuale più definita è quello contrattuale. Segnatamente, nel contratto scritto e in riferimento al suo contenuto la trasparenza diviene un requisito qualitativo del contratto concluso, il cui difetto è in grado di incidere sulla validità del medesimo.

¹³ V. BUONOCUORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 26.

¹⁴ Sul punto F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti del consumatore*, Torino, 1998, 3.

Ciò non implica che la trasparenza non rilevi anche in ordine a clausole non trasfuse in un testo scritto: non può evidentemente escludersi l'eventualità che dette clausole siano non trasparenti¹⁵. Ma occorre fare i conti con le difficoltà che, sul piano pratico, prospetta la dimostrazione della "non trasparenza" di un contratto concluso oralmente. Inoltre, come si è puntualizzato in dottrina, al problema della chiarezza e comprensibilità delle clausole "tenderà a sovrapporsi una diversa questione relativa all'eventuale dissenso sostanziale tra le parti circa la portata e gli effetti di quelle."¹⁶

V'è da segnalare poi come la trasparenza tende ad assumere una connotazione diversa a seconda che si riferisca a clausole preformulate in astratto - rivolte, cioè, ad una pluralità di potenziali contraenti - ovvero riguardi un contraente ben individuato.

E' chiaro che nella prima ipotesi la valutazione della trasparenza della clausola deve essere improntata a parametri astratti, dovendo assumere come punto di riferimento soggettivo un contraente potenziale che viene identificato nel consumatore medio.

Diversamente, nella seconda ipotesi, la valutazione della trasparenza deve essere verificata avendo riguardo allo specifico contesto contrattuale ed in particolare considerando il consumatore con il quale si è stipulato. Ragionando in questi termini non può escludersi che una clausola trasparente su un piano astratto non lo sia più nello specifico contesto in cui viene impiegata e viceversa.

Quanto al fondamento della trasparenza, è diffusa l'idea che debba essere rinvenuto nel principio di buona fede e correttezza, di cui costituirebbe nient'altro che un'emanazione. E' sempre la buona fede la fonte delle varie forme di controllo, diretto o camuffato che sia, dei c.d. contratti standard¹⁷.

Del resto già con riferimenti alle regole della contrattazione standardizzata (artt. 1341, 1342 e 1370 c.c.) la buona fede è stata impiegata come fonte del dovere del *clare loqui*¹⁸.

¹⁵ S. PATTI, S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, in E. Gabrielli (a cura di), *Contratti in generale*, Torino, 1999, 351.

¹⁶ F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, cit., 68.

¹⁷ G. ALPA, *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Corr. Giur.*, 1993, 641.

¹⁸ S. GRASSETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici "inter vivos"* (*dir. civ.*), in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 907.

Talune previsioni in materia di trasparenza introdotte dalle legislazioni settoriali si pongono - a nostro avviso - in linea di naturale continuità con tale orientamento.

Nella previsione di dettagliati obblighi di comportamento dei professionisti e dunque anche nell'obbligo di fornire le informazioni in modo chiaro e comprensibile si riscontra una tendenza tesa a prevedere regole esplicite e minute connotate da un elevato grado di dettaglio che sembrano superare l'amorfismo della clausola generale di buona fede.

Passaggio obbligato di uno studio avente ad oggetto la trasparenza è quello volto a definire quale significato debba attribuirsi alla forma "chiaro e comprensibile" che, nell'ambito delle discipline settoriali, assurge a criterio fondamentale di valutazione della trasparenza¹⁹. Occorre verificare, in particolare, se gli attributi contenuti nella formula richiamata esprimano un concetto identico o siano depositari di contenuti distinti.

A nostro avviso "chiarezza e comprensibilità" sono termini di un'endiadi e non rimandano ad un univoco parametro di riferimento da impiegare nella valutazione. Normalmente la chiarezza si riferisce alle modalità esteriori attraverso le quali le clausole si esprimono: si tratta, in buona sostanza, di consentirne la leggibilità e la riconoscibilità. La comprensibilità si riferisce, invece, più specificamente, al contenuto delle condizioni contrattuali, segnalando l'attitudine a rendere edotta la parte del complesso degli obblighi e dei diritti derivanti dal contratto²⁰.

L'impiego di locuzioni aventi una connotazione eccessivamente tecnica e, quindi, difficilmente intelligibile, potrebbe determinare l'impossibilità per il consumatore di accedere alla conoscenza del concreto significato delle clausole, con la conseguenza di rendere incomprensibili i termini esatti del rapporto.

E' necessario tenere presente poi che i due termini dell'endiadi vanno rapportati alla specificità dei diversi segmenti e settori di mercato nei quali la trasparenza è richiamata. L'esigenza di comprensibilità, infatti, è particolarmente avvertita in ambiti improntati ad un elevato tecnicismo delle

¹⁹ Sul punto R. ALESSI, *Diritto privato europeo e regole dello scambio*, cit., 969.

²⁰ Sul punto M. COSTANZA, *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori. Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: l'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993* (a cura di C.M. BIANCA - G: ALPA), Padova, 1996, 544.

relazioni negoziali, che, proprio per questo, presentano alti margini di opacità o di imprevedibilità per i consumatori, per i risparmiatori e, più in generale, per i clienti.

4. Trasparenza dell'informazione e trasparenza del contratto.

Le discipline settoriali impongono una riflessione più attenta in merito al rapporto tra trasparenza ed informazione²¹. In primo luogo, occorre verificare se la trasparenza realmente goda, nell'ambito delle normative di settore di una distinta considerazione rispetto all'informazione precontrattuale.

Si è già evidenziato come il legislatore imponga al professionista di fornire al consumatore nella fase precontrattuale una serie di informazioni in modo chiaro e comprensibile. Dette informazioni - lo si è detto - hanno come finalità quella di consentire all'altra parte l'emissione di un atto volitivo fondato sulla conoscenza della materia oggetto di negoziazione.

E' ovvio che il difetto di chiarezza e comprensibilità impedisce all'informazione di raggiungere il suo obiettivo. La trasparenza anzi è connaturale all'informazione e vi si identifica, nel senso che è lecito dubitare che un'informazione non trasparente sia un'informazione. Si può, dunque, ritenere giuridicamente irrilevante distinguere tra un'informazione non resa o un'informazione resa in modo opaco ed incomprensibile. La mancanza di chiarezza e comprensibilità, al pari dell'omessa o reticente informazione, attribuisce al consumatore la possibilità di reagire - ove ne ricorrano i presupposti - con la domanda di annullamento del contratto per vizio del consenso.

Potrebbe, in alternativa, ipotizzarsi che la trasparenza sia requisito dell'informazione ovvero, più precisamente, che i requisiti della chiarezza e comprensibilità valgano ad individuare il requisito formale dell'informazione precontrattuale; si potrebbe, altresì, postulare che la forma scritta sia l'unica in grado di soddisfare l'esigenza di chiarezza e comprensibilità, per giungere a ritenere che ogni qual volta normative settoriali dispongano che l'informazione nella fase precontrattuale debba essere

²¹ Sul punto v. anche F. GRECO, Tutela dei risparmiatori e responsabilità del promotore finanziario, del soggetto abilitato e della Consob, in Resp. civ. prev., 4-5, 2005, 986 ss.

resa in modo chiaro e comprensibile, il legislatore abbia voluto prescrivere - in omaggio alla trasparenza - la forma scritta dell'informazione precontrattuale.

Ma tale prospettiva sarebbe da valutare criticamente, non foss'altro poiché è da revocare in dubbio l'idea che solo la forma scritta possa assicurare chiarezza e comprensibilità. Ciò nondimeno, la forma scritta ai fini della trasparenza potrebbe assumere rilievo onde consentire all'interessato la possibilità di accedere all'informazione a distanza di tempo dal momento in cui essa è resa; ma desta perplessità l'idea che la trasparenza implichi la riproducibilità nel tempo dell'informazione precontrattuale, per cui anche l'ottica ora delineata - che pure non sarebbe fuor di luogo sottoporre a più attenta riflessione - non risulta al fine convincente.

Diverso rilievo assume la trasparenza se riferita al contratto. Qui la mancanza di chiarezza e comprensibilità si traduce in "debolezza conoscitiva" per il consumatore, nella misura in cui gli è impedito di comprendere pienamente i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto. La trasparenza si specifica nella esatta determinazione e nella effettiva comprensibilità delle clausole contrattuali, senza che al consumatore debbano richiedersi particolari competenze tecniche.

Il difetto di trasparenza permette di espungere dalle contrattazioni quelle clausole che siano formulate in modo tanto opaco da impedire al consumatore di apprezzare non solo il piano di distribuzione dei rischi contrattuali ed il relativo costo, ma anche i termini economici della operazione.

L'opacità della clausola contrattuale si attaglia, in modo particolare, a quelle formule caratterizzate da elevato tecnicismo e, per ciò stesso, difficilmente comprensibili dal consumatore profano. Un esempio valga per tutti: possono rivelarsi del tutto oscuri per il consumatore alcuni acronimi riportati sovente nei formulari relativi ai contratti di viaggio, il cui significato è invece chiaro per gli operatori professionali avvezzi al linguaggio tecnico di settore. E' fuor di dubbio che benché al tecnicismo del linguaggio settoriale non si possa rinunciare del tutto, si possa imporre al professionista di ovviare alla complessità del linguaggio fornendo i dovuti chiarimenti.

Soddisfa l'esigenza di trasparenza la riduzione dell'uso dei "tecnicismi" ai casi di effettiva necessità, unitamente al divieto di utilizzare

caratteri grafici non facilmente leggibili²², di predisporre testi contrattuali particolarmente lunghi, di utilizzare una lingua sconosciuta al consumatore. Tutto ciò innalza il livello di intelligibilità del contenuto delle clausole richiesto in base alle tradizionali regole ermeneutiche, onde consentire al consumatore, anche non dotato di particolari competenze nel settore specifico di riferimento, di controllare il contenuto del contratto, senza sforzi.

Come è stato correttamente sottolineato da una parte della dottrina, per un verso, appare, eccessivo sostenere che la regola di trasparenza imponga alle imprese un'attitudine didascalica a favore del consumatore²³, per l'altro, occorre convincersi che la regola della trasparenza ha una portata ed effetti ulteriori rispetto a quelli emergenti dalla normativa generale in materia di contratto.

Per concludere, i precetti di chiarezza e comprensibilità esprimono una regola attinente alle modalità vincolate di esternazione delle clausole contrattuali. L'efficacia della clausola, in altri termini, viene a dipendere dal retto assolvimento da parte del professionista dell'obbligo di "parlar chiaro".

5. Il neoformalismo negoziale

Un dato particolarmente significativo che vale a contrassegnare l'evoluzione della recente normativa è la marcata accentuazione del rigore formale nei contratti in cui sia parte un professionista e controparte un consumatore. Si è parlato, a tal proposito, di neoformalismo negoziale; altri hanno segnalato "un ritorno al formalismo allo scopo di tutelare classi o categorie di soggetti particolarmente meritevoli di tutela"²⁴.

Ciò impone una rivisitazione del tema classico della forma nella disciplina generale del contratto ed in particolare dello "storico" principio della libertà

²² Cfr., sul punto, F. A. GENOVESE, *Appunti circa l'elemento conoscitivo nelle condizioni generali di contratto*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 706.

²³ Sul punto cfr. A. A. DOLMETTA, *Dal testo unico in materia bancaria e creditizia alla normativa sulle clausole abusive*, in *Scritti in onore di Mengoni*, Milano, 1995, 462.

²⁴ S. T. MASUCCI, *La forma del contratto*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto Privato Europeo*, cit., 575. Sul punto v., altresì, R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente non qualificato nel mercato finanziario*, Milano, 1996, 2 ss.

delle forme. La letteratura sul tema è sconfinata e non è consentito, in questa sede, affrontare nel dettaglio la problematica del formalismo giuridico. Ci si limiterà, brevemente, a dar conto dei passaggi essenziali dell'evoluzione suaccennata.

Devesi innanzitutto evidenziare che manca nell'ordinamento giuridico una definizione della forma; ciò ha ostacolato la possibilità di attribuire al termine "forma" un significato univoco.

La forma del contratto è stata intesa dalla dottrina come "mezzo sociale attraverso il quale le parti manifestano il loro consenso"²⁵, come "aspetto dell'atto"²⁶, come modo attraverso il quale il contratto si esplica²⁷, come il modo attraverso il quale il negozio è, ossia si presenta di fronte ad altri nella vita di relazione"²⁸.

Mentre la dottrina classica concepì la forma come veste esteriore attraverso cui il negozio si presenta, successivamente, partendo dalla considerazione del negozio non come volontà creatrice di effetti giuridici esteriorizzata attraverso la forma, ma come autoregolamento di privati interessi e dunque dato della realtà sociale, si "sottopose a critica l'artificiosa distinzione tra forma esteriore ed essenza interna dell'atto: esso, come tale, è costituito dalla compresenza inscindibile di entrambe giacchè in nessun modo può esistere se non sotto una determinata forma"²⁹.

Quest'ultima impostazione rispecchia un orientamento largamente condiviso in dottrina³⁰ ed in giurisprudenza.

Sotto un ulteriore profilo la forma, ex art. 1325 c.c., diviene elemento essenziale del contratto quando imposta dalla legge a pena di nullità.

²⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il Contratto*, Milano, 1987, 279.

²⁶ F. DI GIOVANNI, *La forma*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in P. Rescigno (a cura di), *Trattato dei contratti*, Torino, 1999, 767.

²⁷ C. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, IV, 2, Torino, 1980, 190.

²⁸ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 125.

²⁹ F. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, op. cit., 397. Per un approfondimento sul punto v. R. SACCO, *Il contratto*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, cit., 568 ss.

³⁰ In tale direzione: F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in A. Cicu - F. Messineo (a cura di), *Trattato di Diritto civile e commerciale*, XXI, I, Milano, 1968, 143.

In questi casi la mancanza della forma prescritta influisce sulla validità del contratto analogamente a quanto accade in ipotesi di assenza di altri elementi essenziali. Alcuni contratti, dunque, per essere validi, devono essere redatti nella forma richiesta dalla legge.

Si evidenzia, qui, la distinzione tra i contratti per i quali la legge richiede *ad substantiam* una certa forma e i contratti per i quali la legge non richiede l'adempimento di particolari oneri formali.

A lungo, la dottrina ha costruito la distinzione tra contratti non formali e contratti formali nei termini del rapporto esistente tra regola ed eccezione³¹. Più precisamente i contratti a forma non legalmente determinata e quindi libera, costituirebbero la regola; i contratti a forma legalmente determinata, e quindi vincolata, costituirebbero l'eccezione³².

Tuttavia è stato autorevolmente sottolineato³³ come tale costruzione debba misurarsi con i molteplici effetti riconnessi alla forma nel nostro sistema codicistico, dal momento che - più precisamente - essa può rilevare ai fini della prova e della validità del contratto, per l'opponibilità ai terzi, per l'efficacia come titolo esecutivo.

Da questa prospettiva, è parso giusto affermare la relatività del principio di "libertà delle forme"³⁴ in considerazione delle numerose limitazioni introdotte legalmente. Sulla base di tale puntualizzazione si è affermato il carattere meramente teorico di detto principio, giungendo al punto di contestarne l'esistenza³⁵.

Sembra, tuttavia, difficile negare che il principio generale di libertà delle forme sia desumibile dal tenore letterale dell'art. 1325, n. 4), c.c. Giusta tale disposizione, infatti, se solo in alcuni casi la legge richiede la forma determinata a pena di nullità,

³¹ Per il vivace dibattito in dottrina cfr., tra gli altri, P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1986, 30; F. MESSINEO, voce *Contratto*, in *Enc. Dir.*, n. 30, 838 ss.

³² Sul punto cfr. F. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1976, I, 198.

³³ R. SACCO, *La forma*, in P. Rescigno (diretto da) *Trattato di diritto privato*, Ristampa, 2001, 266.

³⁴ R. SACCO, *op. loc. ult. cit.*

³⁵ Sul punto R. SACCO, *Il contratto*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, cit., 571 ove si ribadisce «una ben ovvia relatività del principio di libertà delle forme».

Per un approfondimento v. N. IRTI, *Strutture forti e strutture deboli*, in *Idola Libertatis*, Milano, 1985.

vorrà dire che nelle generalità dei casi vale la regola della forma libera.

Ben si armonizza in questo contesto l'idea secondo cui le norme che impongono a pena di invalidità requisiti formali limitano l'autonomia privata³⁶, traducendosi in fattori di appesantimento e rallentamento dell'attività negoziale³⁷.

In questa prospettiva si è osservato, per un verso, che dando vita le previsioni relative alla forma a regole eccezionali, esse non sono suscettibili di applicazione analogica e, per altro, che neanche sono passibili di interpretazione estensiva, attese l'incidenza sulla libera esplicazione della autonomia privata³⁸.

Con questa cornice normativa, deve confrontarsi il richiamo alla forma contenuto nella legislazione speciale consumeristica. Esso, mette conto precisarlo, prescinde dalla soddisfazione di esigenze di pubblicità relative ai beni oggetto dell'operazione negoziale.

Il denominatore comune che può cogliersi dalla lettura della diverse fattispecie è dato dal fatto che il requisito formale tende a favorire l'intellegibilità e la certezza delle regole del gioco contrattuale³⁹.

La forma del contratto, nell'esperienza comunitaria, non si esaurisce più nella semplice consacrazione dell'atto negoziale in un documento e non è più riconducibile alle tradizionali categorie della forma *ad substantiam* e *ad probationem*.

A tal proposito in dottrina si è ritenuto di intendere il termine forma in senso atecnico proprio per la difficoltà di ricondurre il discorso alle *species* tradizionali.

La forma, si è detto, non è il *vestimentum* del contratto⁴⁰, ma è la modalità tecnica da utilizzare per informare e permettere di verificare se sia stato effettivamente rispettato il contenuto informativo previsto, costituendo così lo strumento attraverso il

³⁶ In tale direzione cfr. M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 989; L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F.D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Diritto Civile*, 1, 2, Torino, 1987, 628.

³⁷ Sul punto cfr. C. VIVANTE, *Trattato di diritto civile e commerciale*, IV, *Le obbligazioni (contratti e prescrizioni)*, Milano, 1926, 67.

³⁸ V. sul punto M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 994; E. BETTI, *op. ult. cit.*, 279; C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 282; C. MIRABELLI, *op. cit.*, 191.

³⁹ Per N. IRTI, *op. ult. cit.*, 55 il moltiplicarsi degli oneri di forma, non ostacola, ma garantisce e sorveglia la regolarità degli scambi.

⁴⁰ Sul punto A.M. AZZARO, *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000, 179.

quale si mira a dare trasparenza alla qualità del contratto.

La forma assume la funzione di contrasto dell'opacità formale dei contratti, consentendo l'attenuazione delle asimmetrie informative tra i soggetti interpreti della domanda e dell'offerta.

Sbaglieremmo, però, a pensare alla forma come ad uno strumento volto a realizzare esclusivamente gli obiettivi della trasparenza delle operazioni contrattuali e della riduzione delle disparità esistenti tra i soggetti contraenti.

Non c'è dubbio che il formalismo si rivela, più in generale, funzionale al controllo dell'attività delle imprese, permettendo la moralizzazione dell'agire delle stesse a vantaggio della fluidità ed efficienza del mercato.

Se da una parte la finalità del formalismo contrattuale nella recente normativa è quella di fornire tutela alla parte debole, dall'altra, attraverso la forma, si tutela l'essenza stessa del contratto, soprattutto quando essa "è messa in grave pericolo dalla modalità prevalente della contrattazione: la serialità"⁴¹.

E' stato a nostro avviso correttamente sottolineato che il vero obiettivo della tutela nell'ambito dei contratti tra soggetti diseguali è lo stesso contratto, inteso quest'ultimo come "strumento tipico dello scambio"⁴².

Non deve sorprendere, pertanto, che l'onere formale posto a tutela di un interesse individuale (quello del consumatore) non abbia come unico scopo il riequilibrio del singolo rapporto ma, in più in generale, sia strumentale alla finalità superindividuale di regolazione del mercato ed impedisca alle imprese di trarre attraverso il contratto ingiustificati benefici da comportamenti contrari al principio di correttezza nella concorrenza⁴³.

Vera la costruzione ora illustrata, sarebbe estremamente limitativo, se non errato, utilizzare come chiave di lettura del neoformalismo esclusivamente l'istanza protezionistica nei confronti di talune categorie. In definitiva, la forma, alla luce della riflessioni svolte, unitamente ad altri strumenti tecnici utilizzati dal legislatore, consente che "il gioco della concorrenza e degli scambi, della

⁴¹ F. DI MARZIO, *op. ult. cit.*, 427.

⁴² G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, 21.

⁴³ Sul punto cfr. R. ALESSI, *op. ult. cit.*, 967; G. GRISI, *Gli obblighi di informazione*, cit., 149.

produzione e del consumo, si possa realizzare nel modo più razionale, equilibrato ed efficiente possibile”⁴⁴.

6. Il “formalismo” nella fase precontrattuale.

Nel codice civile, non è rinvenibile alcun obbligo specifico legato alla forma nella fase delle trattative. L’art. 1337 c.c. stabilisce in via generale che le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, debbano comportarsi secondo buona fede; l’art. 1338 c.c. obbliga una parte a dare notizia all’altra della ricorrenza di cause di invalidità che gli siano note.

Per intendersi, le parti, reciprocamente, nello svolgimento delle trattative devono essere leali e sincere e, a tal fine, devono scambiarsi tutte le informazioni che rivestono importanza essenziale nell’economia dell’affare di cui trattano. Ma il codice civile non specifica, né i dati da trasmettere, né le modalità della loro rappresentazione.

La disciplina di diritto comune consente che le parti al fine di agevolare la trattativa fissino per iscritto, con carattere impegnativo, alcuni aspetti. Si tratta dei c.d. accordi di puntuazione che contengono alcuni punti essenziali del contratto in discussione, rinviando generalmente la determinazione del contenuto contrattuale al momento successivo, nel quale le parti avranno raggiunto l’accordo sugli ulteriori elementi della operazione economica.

Si può, altresì, ricorrere alle lettere di intenti, recanti la manifestazione della disponibilità a trattare su un certo contratto.

E’ evidente che il ricorso a questi strumenti è rimesso alla mera discrezionalità dei futuri contraenti e che oltretutto non v’è alcuna fissazione normativa del contenuto di tali “intese preparatorie”.

Ben altro orientamento emerge dalla legislazione speciale ove si riscontrano pignole elencazioni di dati da fornire, a volte anche per iscritto. E’ come se il legislatore non si fidasse dello spontaneo adempimento del dovere di correttezza, né della consequenziale individuazione autonoma del contenuto dell’obbligo informativo, ed avesse dato “vita ad un tessuto molto fitto di notizie obbligatorie, proprio nel tentativo di rendere il contraente conscio del reale contenuto dei diritti e degli obblighi che va ad assumere”⁴⁵;

⁴⁴ G. B. FERRI, *La “cultura” del contratto e le strutture del mercato*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1997, n. 11-12, 858.

⁴⁵ D. VALENTINO, *op. cit.*, 245.

l'imposizione formale si associa alla prescrizione contenutistica, integrando la disciplina dell'informazione che, per volontà della legge, il professionista deve fornire al consumatore.

Una normativa così caratterizzata, se da una parte garantisce un contenuto minimo dell'informazione, dall'altra produce inevitabilmente un effetto limitativo, posto che è difficile ipotizzare che il professionista, *propria sponte*, decida di ampliare la griglia di informazioni che la legge gli impone di fornire.

In questa prospettiva il concetto tecnico di trattativa perde consistenza e l'informazione precontrattuale subisce una sorta di oggettivazione o, per meglio dire, di standardizzazione. Il formalismo precontrattuale asseconda questo sviluppo.

La previsione di obblighi formali incide sulle modalità con cui tali informazioni debbano essere portate a conoscenza del consumatore; essa è giustificata dalla necessità di consentire a quest'ultimo di raggiungere effettiva conoscenza del dato comunicato, supplendo così alla perdita dell'immediatezza del rapporto tra le parti contraenti.

Non c'è dubbio che l'imposizione di vincoli formali anche nella fase precontrattuale sia la conseguenza di una scelta legislativa che presuppone l'elezione, a modello paradigmatico, della c.d. contrattazione "in serie", quella - in altri termini - dominata dal potere di predisposizione unilaterale del contenuto esercitato dal professionista e disancorata dallo svolgimento di una serie più o meno lunga di trattative ove i soggetti possano concorrere con la propria volontà nel determinare l'assetto dei propri interessi.

Nell'accezione tradizionale - come si è detto - la forma attiene al contratto, all'accordo che vale a dare ad esso vita; qui, in relazione a quanto disposto nelle discipline in esame, siamo al cospetto di vincoli di forma che, per lo più, incidono sull'attività dalle parti posta in essere nella fase che precede l'eventuale conclusione del contratto, al fine di consentire al potenziale contraente - tanto più là dove egli assuma la veste di aderente ad un contratto da altri confezionato - di determinarsi alla conclusione dell'accordo previa acquisizione, in forma semplice e lineare, di tutti gli elementi ed informazioni più utili e necessari.

Il formalismo previsto nella fase precontrattuale rappresenta, dunque, uno strumento correttivo volto a controbilanciare la debolezza del consumatore nell'ambito di contrattazioni standardizzate. Per centrare questo obiettivo, si tende ad assicurare al

contraente debole la reale conoscibilità *ex ante* dei termini della operazione che sta per compiere, permettendogli una maggiore capacità di valutazione della reale convenienza dell'affare.

Ma limitarsi ad evidenziare ciò sarebbe miope. In linea con quanto già osservato, il "formalismo" nella fase delle trattative imposto dalle discipline settoriali, lungi dall'essere solo interpretabile nella prospettiva di tutela della parte debole del contratto, asseconda l'esigenza, rilevabile più in generale, di fissare regole del gioco contrattuale funzionali all'ottimale funzionamento del mercato.

7. *Ius poenitendi*: raccordo con categorie codicistiche e principi in materia di contratto

L'attribuzione del diritto di recesso rappresenta il pilastro portante della nuova disciplina diretta a tutelare il consumatore. Trattasi della possibilità, a quest'ultimo data, di "pentirsi" della stipulazione di contratti risultati non graditi o conclusi senza una preliminare sufficiente ponderazione⁴⁶. Nell'ambito delle situazioni giuridiche soggettive, il diritto in esame può essere inquadrato come diritto potestativo.

Si discute in dottrina circa l'esatta consistenza della figura in questione. Quel che è certo è che essa non è riconducibile al recesso unilaterale contemplato all'art. 1373 c.c. e, in effetti, sebbene il legislatore abbia optato per l'impiego del termine recesso, sembra che l'istituto meglio si presti ad essere qualificato in termini di *jus poenitendi* o diritto di ripensamento⁴⁷.

L'art. 1373 c.c. - che, come detto, disciplina il recesso unilaterale - fa seguito all'affermazione secondo cui il contratto "non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge" (art. 1372 c.c.). Dunque, lo scioglimento del vincolo contrattuale è connesso al mutuo dissenso, salvo che il contratto non attribuisca ad una delle parti la facoltà di recedere. Non può, pertanto, parlarsi di un diritto

⁴⁶ Sul punto v. O. TROIANO, *Disciplina dei mercati e jus poenitendi nella contrattazione a distanza e in quella sorprendente*, in R. Pardolesi (a cura di), *Saggi di Dir. Priv. Europeo: Persona, proprietà, contratto, responsabilità civile privative*, Napoli, 1995, 252.

⁴⁷ In questa direzione: V. BUONOCORE, *Le categorie contrattuali alla luce della disciplina comunitaria*, in *Scritti in onore di Antonio Pavone La Rosa*, vol. I, Milano, 1999, 142.

di recesso unilaterale attribuito dal legislatore alle parti contraenti.

Qualora il contratto preveda un diritto di recesso occorre distinguere l'ipotesi in cui il recesso acceda ad un contratto che non sia di durata dall'ipotesi in cui il recesso si riferisca ad un contratto ad esecuzione periodica o continuata. Nel primo caso, ex art. 1373 c.c., comma 1°, il recesso potrà essere esercitato finchè il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione; nel secondo caso il recesso potrà essere esercitato anche successivamente, ma non avrà effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione.

Nella disciplina codicistica, dunque, il recesso non ha efficacia retroattiva e non incide neppure sulle prestazioni di cui sia già iniziata l'esecuzione. Al contrario, le discipline settoriali attribuiscono al consumatore il diritto di recesso dal contratto con effetto *ex tunc*.

Un ulteriore dato che rende difficile l'inquadramento del recesso di matrice comunitaria nella fattispecie disciplinata dall'art. 1373 c.c. riguarda la circostanza che lo *jus poenitendi* è collegato ad un onere di informazione di fonte legale che si svolge sul piano precontrattuale, ma che produce poi i suoi effetti sul rapporto in corso.

Di più: subordinare l'esercizio del diritto di recesso al corretto adempimento dell'onere di informazione non produce affatto le conseguenze che deriverebbero dall'applicazione del diritto comune, segnatamente, la valida stipulazione in via definitiva dell'atto.

Ancora, come si è sottolineato, l'art. 1373 c.c. si riferisce prevalentemente ai contratti di durata e svolge la funzione di consentire a ciascuna delle parti di svincolarsi da un rapporto a durata indeterminata senza addurre giustificazioni.

Lo *jus poenitendi* in favore del consumatore si caratterizza, invece, per l'assoluta libertà e discrezionalità e, in relazione a ciò, la normativa stabilisce un breve termine entro il quale tale diritto può essere fatto valere. Infatti, il legislatore se, da una parte, consente al soggetto di riflettere finanche sulla convenienza dell'operazione economica, dall'altra, "segna un punto di contenimento tra la tutela di questo interesse e l'esigenza di certezza e stabilità delle contrattazioni"⁴⁸, onde evitare che

⁴⁸ M. C. CHERUBINI, *Sul c.d. diritto di ripensamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 698.

“sopra una delle parti penda *sine die* la spada di Damocle del ripensamento dell'altra”⁴⁹.

Al contrario, un termine per l'esercizio non è previsto in riferimento al recesso codicistico (anche quello da un contratto non di durata); nei rapporti di durata, poi, “una simile previsione cozzerebbe contro la funzione di consentire alle parti di svincolarsi dai contratti *sine die*, ovvero di interrompere un rapporto a termine in presenza di sopravvenienze idonee a giustificare la fine del rapporto”⁵⁰.

Devesi peraltro sottolineare che, a fronte del recesso “codicistico”, può essere pattuita una prestazione e, in tal caso, i suoi effetti di norma si producono solo quando detta prestazione sia eseguita. Al contrario, per lo *jus poenitendi* in favore del consumatore il legislatore ha previsto che tale diritto sia incondizionato ovvero non subordinato al pagamento di alcun corrispettivo o penalità; è evidente che con ciò si è inteso evitare che il consumatore, sapendo di dover sopportare un costo, possa essere dissuaso dall'avvalersi della facoltà di recedere.

Va segnalato un altro rilevante aspetto peculiare del diritto in esame: la irrinunciabilità. Il diritto di recesso è indisponibile, nè alle parti è consentito di inserire nelle condizioni generali di contratto delle clausole dirette ad escluderne l'esercizio. Nel contempo, è bene precisare che l'irrinunciabilità non deve essere confusa con la inderogabilità della disposizione che il diritto contempla. Al riguardo, basti rinviare all'art. 65 del codice del consumo, ult. capov., per trarre contezza del fatto che le parti possano regolare il diritto di recesso in modo difforme rispetto al dato normativo, sempreché lo facciano in senso più favorevole al consumatore: evidentemente, il legislatore ha inteso fissare un contenuto minimo, ossia una soglia invalicabile di protezione che, se resa inoperante, determina l'applicazione delle sanzioni previste nelle singole normative.

8. La *ratio* dello *jus poenitendi*.

Volendo dar conto della *ratio* sottesa al diritto di recesso, sarebbe superficiale raccorderla alla necessità di tutelare il consumatore nelle situazioni in cui egli versi in uno stato di debolezza psicologica che potrebbe indurlo a perfezionare un'operazione

⁴⁹ G. GRISI, *Lo jus poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 584.

⁵⁰ O. TROIANO, *op. loc. ult. cit.*.

economica che, probabilmente, in condizioni normali, non lo avrebbe interessato. In altri termini, non sempre risiede nel c.d. effetto sorpresa la giustificazione del recesso.

Lo *ius poenitendi* è contemplato sia nell'ambito della disciplina della vendita fuori dei locali commerciali (costituente il prototipo di "vendita aggressiva") che in quello dei contratti conclusi a distanza (che rimandano, *in primis*, alla negoziazione telematica). Eppure, se si pongono a raffronto le modalità della contrattazione proprie delle due sfere, è agevole cogliere come la ratio che presiede all'attribuzione del diritto di recesso in ciascuna di esse non è comune e non rinvia unicamente alla protezione contro l'effetto sorpresa d'anziché richiamato. Quest'ultimo, infatti, gioca un ruolo significativo nel caso di vendita aggressiva, mentre poco rileva in ipotesi di negoziazione telematica. Per averne contezza, basti rilevare come il consumatore telematico possa giovare delle potenzialità della tecnica impiegata per procurarsi tutte le informazioni che ritenga utile o necessario acquisire e sia in grado, altresì, di comparare le varie offerte; ciò lo pone in condizione di operare una scelta certamente più ponderata e consapevole rispetto a quella di un soggetto sollecitato a contrarre "porta a porta".

Sembra, dunque, che in ordine ai negozi stipulati per via telematica il recesso si giustifichi alla luce delle peculiarità del mezzo di negoziazione impiegato. Infatti, "nella speditezza e nella velocità che caratterizzano la negoziazione per via telematica (nel c.d. tempo reale), è immanente il pericolo di scelte e decisioni del consumatore non sufficientemente ponderate e, una volta frettolosamente assunte, non emendabili"⁵¹, dovendosi altresì tener conto che, spesso, il consumatore non è padrone dello strumento utilizzato per la contrattazione ben potendo risultare insufficiente la sua conoscenza in ordine alle modalità di conclusione dell'affare. Lo *jus poenitendi*, dunque, sembra calato in un modello di contrattazione che affida priorità alla celerità piuttosto che alla certezza.

V'è chi ha segnalato come, nella tipologia di contrattazione considerata, la sorpresa sia comunque da connettere alla circostanza che al consumatore è negata la possibilità di visionare in concreto e preventivamente il bene o il servizio offerto, da ciò argomentandosi per giustificare la previsione del

⁵¹ G. GRISI, *Lo ius poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, cit., 598.

diritto di recesso⁵². Ma tale impostazione, lo si è già detto, non convince.

In particolare, si è già sottolineato che l'impossibilità di preventiva visione del bene non è apprezzabile in assoluto come dato caratterizzante la fattispecie: tale circostanza non "può certo registrarsi (...) là dove (...) il consumatore abbia avuto la possibilità di visionare la merce ancor prima di addivenire alla conclusione del contratto"⁵³. Il dato, poi, non costituisce elemento di identificazione dell'ambito oggettivo di applicazione della disciplina in materia di contratti a distanza, essendo quest'ultimo connotato solo dalla mancata presenza, fisica e simultanea, del fornitore e del consumatore.

Alla luce delle considerazioni svolte, appare opportuno prospettare una chiave di lettura della normativa dello *jus poenitendi* non appiattita sull'unico versante della *consumer protection*; torna, anzi, utile ribadire che la previsione del diritto di recesso, nel contribuire alla rimozione dei fattori di sfiducia del pubblico verso le nuove forme distributive, avvantaggia - in qualche misura - la controparte professionale del consumatore.

Ciò dicasi anche in riferimento alle vendite negoziate fuori dei locali commerciali. Il Protocollo d'intesa dell'11 ottobre 1989 - vertente su tale materia⁵⁴ - chiarisce, nelle sue premesse, che il diritto di recesso è destinato a comportare una sensibile riduzione dell'atteggiamento di diffidenza dei consumatori verso questo tipo di tecnica di distribuzione, con intuibili vantaggi, in termini di profitto, per gli stessi operatori commerciali, nonché più in generale della collettività, in ragione del complessivo incremento degli scambi e quindi della ricchezza che viene in tal modo a verificarsi".

Si palesa chiaro l'effetto incentivante la conclusione di contratti connesso alla previsione di uno *jus poenitendi*. Il fatto che il vincolo contrattuale sia nella disponibilità unilaterale del consumatore che, secondo le proprie convenienze, potrà optare per la persistenza o la rimozione del rapporto, indurrà quest'ultimo a prestare il consenso con

⁵² Sul punto v. N. SCANNICCHIO, *La vendita a distanza con mezzi di comunicazione a distanza*, in A. Jannarelli (a cura di) *Le vendite aggressive*, cit., 229 ss.

⁵³ G. GRISI, *op. loc. ult. cit.*. Nella stessa direzione v. anche D. VALENTINO, *op. ult. cit.*, 254 ss.

⁵⁴ Si tratta del Protocollo d'intesa siglato l'11 ottobre 1989 tra alcune associazioni di categoria (Avedisco, Aie e Anipan) e le associazioni dei consumatori aderenti alla Consulta Nazionale Consumatori ed Utenti (CNCU).

maggiore tranquillità. Come dire, che a beneficiare dell'attenuazione della portata del principio secondo il quale il contratto ha "forza legge tra le parti" non è il solo consumatore, giacché lo *jus poenitendi* agevola gli operatori commerciali nell'attività di "cattura" del consenso del contraente "debole".

Oltretutto, la previsione del diritto di recesso incide sul "modus *explicandi* delle relazioni tra imprese concorrenti nel mercato e la loro concreta organizzazione produttiva, incentivando la competizione intorno al miglioramento della qualità dei prodotti e dei servizi offerti e più, in generale, del rapporto impresa-consumatore"⁵⁵.

Fernando Greco - Università di Lecce

⁵⁵ G. GRISI, *op. ult. cit.*, 602.