



UNIVERSITÀ POLITECNICA DELLE MARCHE
FACOLTÀ DI ECONOMIA “GIORGIO FUÀ”

Corso di Laurea triennale in

ECONOMIA E COMMERCIO

Tesi di laurea

**IL DIRITTO DI RECESSO NEI
CONTRATTI TELEMATICI**

(The right of rescission in telematic contract)

Relatore:

Prof.

PIETRO MARIA

PUTTI

Rapporto Finale di:

GIACOMO BIRROZZI

Anno Accademico 2018/2019

INDICE

INTRODUZIONE	pag.	2
CAPITOLO 1		
-Tutela del consumatore e diritto di recesso	pag.	7
CAPITOLO 2		
-Obblighi informativi	pag.	14
CAPITOLO 3		
Esercizio ed effetti del diritto di recesso	pag.	18
CAPITOLO 4		
-Esclusione del diritto di recesso	pag.	24
CONCLUSIONI	pag.	32
BIBLIOGRAFIA	pag.	34

INTRODUZIONE

Il presente elaborato espone ed analizza le principali norme che regolano l'istituto del diritto di recesso riferito ai contratti telematici.

Il termine "contratto telematico", ivi comprese tutte le forme similari¹ deriva da due termini di uso comune, per "contratto" si intende "l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale", mentre il termine "telematico" fa riferimento alla trasmissione di informazioni a distanza, sotto forma di dati o immagini, attraverso la rete internet o telefonica².

In altre parole posso definirsi contratti telematici (detti anche digitali, informatici o virtuali) tutti i contratti stipulati mediante l'utilizzo di un sistema telematico³.

Parte della dottrina ha operato una precisazione terminologica, specificando che:

1. per contratto telematico, deve intendersi quel contratto stipulato in forma elettronica, con firma digitale, senza l'utilizzo di documenti cartacei (paperless contract).

¹ Per es."digitali"(C.M. BIANCA, *i contratti digitali*, in *Stadium iuris*,1998,p.1035 ss ;E.FLORINDI; *il contratto digitale*, in *Dir.informat.*,1999, p.673 ss), "automatici"(A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*,MILANO,1997 P.216 ss), "ad oggetto informatico"(G.FINOCCHIARO, *i contratti ad oggetto informatico*,Padova 1993),in E.TRIPOLI, F.SANTORO,S.MISSINEO, manuale di commercio elettronico, Milano 2000)

² Il termine- coniato in Francia, nell'ambito del Rapporto Nora-Minc sull'informatica (N.NORA, A.MINC, *convivere con il calcolatore Milano 1979,p.23 ss*) – *deriva dalla combinazione tra telecomunicazioni e informatica e sta ad indicare la possibilità di impiego di servizi e strumenti di natura informatica mediante una rete di telecomunicazioni*(F.CIOTTI, G.RONCAGLIA, *il mondo digitale*,Bari,2000,p.98 ss)

³ In tal senso E.TOSI , in *Digesto delle discipline privatistiche* ,voce Contratto Virtuale ,Torino 2003

2. Il contratto deve intendersi concluso attraverso strumenti telematici senza che le parti siano contemporaneamente presenti nello stesso luogo (i cosiddetti contratti a distanza);⁴
3. per contratto informatico deve intendersi il contratto che ha per oggetto beni e servizi informatici;

Il principale sistema telematico utilizzato è rappresentato dalla rete internet, che, attraverso i siti web, rende possibile il consenso tramite schemi contrattuali già predisposti e la posta elettronica, che è lo strumento più adatto a veicolare le informazioni contrattuali ed il consenso.

I contratti telematici vengono inquadrati nel contesto del commercio elettronico, dove i vari soggetti, secondo il principio dell'autonomia negoziale e del pluralismo dei procedimenti di formazione dei contratti, possono scegliere tra vari schemi contrattuali, tipici o atipici, mentre, da un punto di vista formale, possono utilizzare gli strumenti telematici.

I soggetti contraenti dei contratti telematici sono individuati in due categorie: consumatori e imprenditori, definite specificatamente dall'articolo 3 comma 1 del codice del consumo:

⁴ G. PATANE , I contratti on-line stipulati con la firma digitale secondo la vigente normativa italiana www.diritto.it

- per consumatore si intende “la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività” imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”.

- per imprenditore si definisce “la persona fisica o giuridica che agisce nell’esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario”.

All’interno del commercio elettronico, da un punto di vista soggettivo e sulla base dei soggetti contraenti, si possono distinguere diverse tipologie di contratti telematici ciascuna soggetta a norme in parte differenti:

- contratti tra imprese (Business to Business – B2B);
- contratti tra imprese e consumatori (Business to Consumer – B2C);⁵
- contratti tra consumatori (Consumer to Consumer – C2C);
- contratti tra impresa, cittadini e Pubblica Amministrazione (Business to Administration - B2A);

⁵ È la forma più nota, anche se non la più diffusa, di e-commerce, e indica sostanzialmente la fornitura di beni e servizi direttamente all’utente finale. In genere avviene tramite un sito web dove il merchant (chi vende) mette a disposizione del buyer (chi compra) un carrello della spesa virtuale in cui inserire tutti gli oggetti da acquistare, tutti "osservabili" da cataloghi appositi, più o meno sofisticati a seconda del sito e dei beni o servizi che l’impresa propone. Il compratore può aggiungere o eliminare i prodotti che vuole, modificarne le quantità, controllare tanto il valore complessivo quanto quello di dettaglio, visionare tutto il contenuto, ecc. L’atto finale della transazione consiste nella compilazione, da parte del compratore, di un form con i suoi dati e gli estremi della carta di credito (al problema, molto discusso, della sicurezza di queste transazioni abbiamo dedicato un articolo apposito). Se tutto è andato come doveva, l’operazione si conclude con l’arrivo, in tempi brevi, della merce ordinata direttamente a casa del buyer: cfr. in proposito G. Sciulli, Modelli B2B e B2C, in www.Html.it.

- contratti tra soggetti privati mediante determinate figure professionali (Peer to Peer - P2P).

Dal punto di vista dell'inquadramento normativo i contratti telematici sia B2B sia B2C sono disciplinati dal d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 (in attuazione della Direttiva 2000/31/CE), in materia di commercio elettronico.

In particolare, i soli contratti B2C rientrano nella particolare normativa consumeristica che trova fondamento nel l D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, ossia nel cosiddetto Codice del Consumo.

Tale normativa, al fine di potenziare i contratti telematici ed il commercio internazionale, è stata oggetto della Direttiva 25 ottobre 2011/83/UE ⁶, recepita in Italia con d.lgs. 21 febbraio 2014.

La disciplina dei contratti telematici rientra pienamente nella fattispecie dei contratti a distanza definiti dal codice del consumo art 45 comma primo, come qualsiasi contratto concluso fra professionista e consumatore nel quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza senza la presenza

⁶ Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 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. Nota come Direttiva sui diritti dei consumatori, che, nel testo originario proposto dalla Commissione (2008), 614 def, dell'8 ottobre 2008 era finalizzata alla c.d. "armonizzazione massima" dell'intera materia – e quindi a rivedere la disciplina non solo dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali (Direttiva n. 85/577/CE) e dei contratti a distanza (Direttiva 97/7/CE) ma anche delle clausole abusive nei contratti dei consumatori (Direttiva 93/13/CE) e di alcuni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo (Direttiva 99/44/CE) – che, nel testo definitivo, ha conseguito tale obiettivo (in larga misura) solo per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali e per i contratti a distanza (cfr. D'Amico, in La riforma del codice del consumo, Commentario al D.Lgs. n. 21/2014, a cura di D'Amico, Milano 2015, p. 3).

fisica e simultanea del professionista e del consumatore; e ciò mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza (ad esempio utilizzando telefono, fax, internet etc.) ivi compresa la conclusione del contratto stesso.

I contratti telematici ed i contratti a distanza sono disciplinati autonomamente per quanto riguarda i requisiti formali mentre condividono la disciplina in materia di Diritto di Recesso.

Nei prossimi capitoli procederemo con un'analisi dettagliata delle norme che lo regolano.

CAPITOLO 1

TUTELA DEL CONSUMATORE E DIRITTO DI RECESSO

I contratti telematici così come i contratti a distanza, sulla base delle caratteristiche che li definiscono, non prevedono che il consumatore abbia la possibilità di visionare e valutare esaustivamente le caratteristiche e la qualità dei beni o servizi acquistati dal venditore, prima della conclusione del contratto stesso.

Tale problematica nasce in virtù del fatto che la contrattazione a distanza, per sua definizione, presuppone che nelle fasi di negoziazione e conclusione del contratto non sussista mai la presenza fisica e simultanea del consumatore e del venditore nelle fasi di contrattazione.

Questa distanza, che deve necessariamente sussistere, al fine di poter parlare di contratti di tale genere, crea ovviamente una serie di problematiche. Prima fra tutte, il fatto che il consumatore, non potendo toccare con mano l'oggetto prima di averlo comprato, potrebbe acquistare beni e servizi non conformi alle sue aspettative e spesso privi di quella utilità che il consumatore avrebbe potuto attribuire loro.

Un'altra tra le problematiche rilevanti, consiste nel fatto che in quasi la totalità dei casi, i consumatori si trovano ad acquistare beni/servizi, le cui caratteristiche sono descritte dal venditore stesso. Spesso le informazioni fornite, grazie all'abilità dei venditori, sono volutamente non esaustive e/o incomplete, proprio con il fine di indurre il consumatore a concludere la compravendita, conclusione che non è detto che avverrebbe comunque, se il consumatore fosse messo a conoscenza di taluni

aspetti, caratteristiche o addirittura limitazioni, omessi o non sufficientemente descritti dal venditore.

La questione dell'incompletezza delle informazioni si acuisce grandemente se si considera il fatto che frequentemente le proposte avvengono tramite supporti di uso non durevole i quali non permettono la conservazione e archiviazione delle informazioni fornite.

L'esempio classico è rappresentato da tutte le vendite che si realizzano tramite telefono o mezzi televisivi.

Risulta necessario inoltre mettere in evidenza che spesso le proposte di acquisto con i mezzi indicati sopra, vengono fatte ai consumatori in momenti quotidiani in cui essi potrebbe essere presi da altre cose, ragione per cui i potenziali acquirenti potrebbero subire una pressione inconscia e non violenta all'acquisto oltre al fatto del rischio concreto di violazione della sfera privata dei consumatori stessi.⁷

Molto frequentemente queste tecniche, che si basano sull'effetto sorpresa, caratterizzano le vendite via telefono, nelle quali i venditori non forniscono il tempo necessario ai consumatori per valutare concretamente l'offerta con particolare riferimento all'utilità e alla convenienza della suddetta.

Per tutte le ragioni esposte sopra, il consumatore è stato da sempre visto come parte contrattuale debole del rapporto, rispetto all'imprenditore.

⁷ F. CARINGELLA e G. DE MARZO, Manuale di diritto civile, Giuffrè, Milano, 2007, 267-269

Il legislatore al fine di tutelare la sua posizione ed evitare le insidie derivanti da asimmetrie informative anche rilevanti, ha emanato di conseguenza un serie di norme inserite nel Codice del Consumo, proprie della disciplina consumeristica.

All'interno del corpo normativo emanato, è stato inserito un particolare diritto a tutela del consumatore, vale a dire il "diritto di ripensamento" che rappresenta una vera e propria facoltà di recesso contrattuale.

Il diritto di recesso o di ripensamento è disciplinato dall'articolo 52 cod. cons. Con il chiaro intento legislativo di creare uno strumento normativo finalizzato prioritariamente alla tutela dei consumatori. Il diritto di recesso ha inoltre consentito di evitare che i consumatori, nella conclusione dei contratti a distanza, non potendo osservare e valutare la natura del bene o del servizio offerto, fossero stati contrattualmente "costretti" ad accettare beni e servizi differenti (dal punto di vista della qualità, utilità e delle aspettative) da quelli immaginati e per i quali si fosse proceduto alla conclusione formale del contratto.

L'istituto del diritto di recesso, che è stato previsto solamente per i contratti stipulati al di fuori dai locali commerciali e per i contratti a distanza, può essere definito come il potere di sciogliere unilateralmente un contratto. L'istituto del recesso è quindi una modalità di scioglimento negoziale unilaterale.

Gli effetti del contratto, pur avendo forza di legge, possono essere posti nel nulla tramite un atto di recesso, ossia un nuovo atto di autonomia negoziale finalizzato

ad estinguere il precedente rapporto, che non prevede in quanto atto unilaterale, l'accettazione dell'altra parte.

Come disciplinato dall'articolo 1334c.c. gli atti unilaterali producono effetti dal momento in cui vengono a conoscenza del destinatario. Proprio in virtù di quanto detto il recesso, secondo la disciplina propria dei contratti recitizi, fa cessare la produzione degli effetti del contratto nel momento in cui la controparte ne viene a conoscenza.

È necessario quindi distinguere tale diritto dal diritto di recesso unilaterale disciplinato dall'articolo 1373 del codice civile in quanto il legislatore, al fine di rafforzare la tutela dei consumatori, ha previsto che il suo esercizio possa avvenire anche dopo la conclusione del contratto.⁸

Il codice civile definisce infatti il diritto di recesso come lo strumento per interrompere un rapporto giuridico che abbia una durata prolungata nel tempo.

Viceversa, la particolarità del recesso, all'interno del codice del consumo, è quella di attribuire al consumatore una via di uscita al contratto indipendentemente dalla sua tipologia temporale di accordi di durata o ad esecuzione istantanea. Inoltre, ulteriori caratteristiche tipologiche, non soggette a negoziazione, e pertanto non

⁸ 36 Art. 1373 Codice civile, Recesso unilaterale: Se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione. 2. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione. 3. Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita. 4. E' salvo in ogni caso il patto contrario

disponibili per le parti, sono la sua gratuità e potestatività, ossia la mancanza di un collegamento ad una giusta causa.⁹

Riguardo all'assolutezza della giusta causa, parte della dottrina ne ha negato tale carattere, sostenendo la necessità di motivazioni per le quali esercitare il diritto di recesso, motivazioni che se non manifestate dovrebbero essere soggette a valutazione oggettiva al fine di giudicare la meritevolezza necessaria all'esercizio del recesso e rendendo solo in questo caso valevole lo scioglimento del contratto.¹⁰

Diametralmente un'altra parte della dottrina ritiene l'assolutezza di tale diritto: i consumatori devono poter esercitarlo in assoluta libertà,, in quanto parte debole del rapporto giuridico, una sua delimitazione andrebbe solamente a vanificare l'intento protettivo del legislatore.

In caso contrario i consumatori potrebbero essere chiamati in giudizio per dimostrare l'esistenza della giusta causa , prova non sempre facile e possibile.

Come già precedentemente detto, il diritto di recesso è disciplinato dagli articoli 52 e seguenti del codice del consumo.

In particolare gli articoli 52 e 53 rappresentano il fulcro normativo in materia, definendo i termini per esercitare il recesso.

⁹ A.FRATERNALE, I contratti a distanza, cit. 94-95

¹⁰ 7 G. GRISI, in Rivista critica del diritto privato, a cura di S. RODOTA', E. Jovene, Napoli, 2001, 571

L'articolo 52 prevede che il recesso, possa avere come oggetto, sia contratti di vendita di beni, sia i contratti di fornitura di servizi.

Per quanto riguarda i termini di decorrenza del recesso, è necessario precisare che tale aspetto rappresenta una delle novità del codice del consumo apportate in seguito al recepimento della direttiva europea 2011/83/UE che è entrata in vigore in Italia con d.lgs. 21 febbraio 2014. La direttiva ha previsto l'estensione dell'arco temporale a disposizione del consumatore per effettuare o meno il recesso.

Le precedenti direttive lo avevano fissato a sette, mentre il legislatore italiano lo aveva ampliato portandolo a 10 giorni.¹¹ Oggi con il recepimento dell'ultima direttiva, il termine è stato fissato a quattordici giorni dalla consegna, se si tratta di un bene, mentre decorre dalla data di conclusione del contratto nel caso dei servizi.

Si stabilisce inoltre, che il recesso possa essere effettuato dal consumatore, senza nessun obbligo di specificare le motivazioni dello stesso e non deve comportare oneri aggiuntivi in capo al consumatore.

L'unica condizione per l'esercizio del recesso, nel caso dei beni, è che la merce dovrà essere riconsegnata sostanzialmente integra. In tal modo la norma presuppone che la situazione possa essere ricondotta tendenzialmente allo stato antecedente la stipulazione del contratto. Tale precisazione nasce dal fatto che da una parte si vuole

¹¹ O quattordici giorni per la sola commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, ex art. 67- duodecies

assicurare la libertà del consumatore di sciogliere il vincolo contrattuale dall'altra invece si vuole garantire che il professionista torni a disporre del bene.

Per tale motivo il legislatore ha previsto una sostanziale differenza riguardo la decorrenza dei termini di recesso, nel caso in cui l'oggetto del contratto sia un bene o un servizio. Infatti nel primo caso il recesso decorre dalla consegna del bene al fine di tutelare e non alterare il patrimonio del fornitore.¹²

Relativamente alle forniture di servizi invece il diritto di recesso è limitato alle prestazioni non ancora eseguite, con la conseguenza che i consumatori sono tenuti pagare l'ammontare relativo alle prestazioni già eseguite.

Il recesso non ha carattere sostanzialmente sanzionatorio bensì la restituzione è semplicemente un modo attraverso il quale si espleta il recesso.

Un meccanismo sanzionatorio può essere ravvisato nel caso in cui il professionista non rispetti gli obblighi informativi, ossia non informi correttamente il consumatore relativamente al diritto di recesso.

L'articolo 53 infatti stabilisce che in questi casi, il termine per esercitare il recesso non sia più quattordici giorni ma salga a un anno e quattordici mesi.¹³

Nel caso in cui il fornitore adempia tardivamente ai suoi oneri, il recesso può essere esercitato entro quattordici giorni dal ricevimento della comunicazione.

¹² G. DE MARZO, I contratti a distanza, Giuffrè, Milano, 1999, 27

¹³ F. SCAVONE, Le modifiche apportate al Codice del consumo a seguito del recepimento della direttiva 2011/83/UE, in Contratto e impresa/Europa, a cura di M. BIN, Cedam, Padova, 2014, 472

La normativa precedente, invece, prevedeva che in tali circostanze il termine fosse, a seconda dei casi, di sessanta o novanta giorni, decorrenti dal giorno del ricevimento del bene o dalla conclusione del contratto.

CAPITOLO 2

OBBLIGHI INFORMATIVI

La disciplina degli obblighi informativi è principalmente contenuta nell'articolo 49 del codice del consumo e fa riferimento alle informazioni precontrattuali che il professionista ha l'obbligo di fornire al consumatore.

Gli obblighi informativi assumono un ruolo fondamentale nel Codice del Consumo già dall'art. 2 nel quale viene elencato il diritto “ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità” e “alla correttezza, trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali” L'art. 5, inoltre, definisce il contenuto degli obblighi informativi e specifica che essi debbano essere adeguati, chiari e comprensibili, “tali da assicurare la consapevolezza del consumatore”¹⁴

La materia degli obblighi informativi evidenzia ulteriormente la tutela che il legislatore ha ritenuto di adoperare nei confronti dei consumatori, considerati parte debole del rapporto.

Nel contesto della presente trattazione, gli obblighi informativi che tratteremo sono quelli relativi all'esercizio del diritto di recesso, essendo questi ovviamente i più significativi per i consumatori.

In primis, come previsto dalla lettera “h” del primo comma dell'articolo 49, il consumatore deve essere informato circa i suoi diritti contrattuali ossia

¹⁴ Obblighi informativi e tutela del consumatore, 2018 www.diritto.it

relativamente ai diritti a sua tutela. Il venditore ha sempre l'obbligo di comunicare al consumatore l'esistenza del diritto di recesso, condizioni, termini e procedure per il suo esercizio nonché il modulo di recesso standard.

Nell'ipotesi in cui il professionista, in violazione della lettera "h", ometta l'obbligo di informare il consumatore circa il diritto di recesso, le condizioni per esercitarlo e non abbia fornito il modulo standard B contenente la dichiarazione di recesso predefinita, è suscettibile di sanzione secondo l'art 57.

In via eccezionale, nel caso in cui il consumatore che abbia utilizzato i beni con modalità superiori a quelle necessarie per verificarne la sola natura ed intenda comunque esercitare il proprio diritto di ripensamento, è esonerato dalla responsabilità dell'obbligazione di versare al professionista una somma di denaro di ammontare corrispondente al minor valore di tali beni.¹⁵

Qualora il costo della restituzione dei beni sia a carico del consumatore il professionista dovrà informare adeguatamente il consumatore (lettera i).

Nel caso in cui il venditore non abbia però precedentemente informato il consumatore in relazione alle spese aggiuntive di spedizione o consegna, a norma del comma 6 dell'art 49 il consumatore non è tenuto sostenere tali costi aggiuntivi.

¹⁵ G. DE CRISTOFARO, La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato, in Nuove leggi civili commentate, a cura di G. CIAN e A. MAFFEI ALBERTI, Cedam, Padova, 5- 2014, 938-946

Il venditore dovrà altresì informare il consumatore dell'inapplicabilità del diritto di recesso, nei casi di esclusione previsti dall'articolo 59.

Oltre alle informazioni del comma 1 dell'art. 49 cod. cons., debbono essere obbligatoriamente fornite al consumatore, anche le informazioni contenute nei decreti legislativi che riguardino aspetti differenti ed ulteriori da quelli disciplinati dal codice.

In relazione ai mezzi con i quali debbano essere rispettati gli obblighi informativi il legislatore prevede che i professionisti sono liberi di scegliere se fornire il modulo standard o qualsiasi altro mezzo di comunicazione a distanza al fine di far pervenire le informazioni ai consumatori.

In ogni caso il professionista deve fornire, le informazioni individuate in modo analitico dalle lettere a-v dell'art. 49 del cod. e dovrà metterle a disposizione del consumatore "in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato", in termini chiari e comprensibili.¹⁶ L'art. 51 inoltre prevede che tutte le informazioni di cui all'art. 49, comma 1 siano fornite al consumatore in modo chiaro e comprensibile.

¹⁶ P. OCCHUZZI, Gli obblighi informativi, in *Corriere giuridico: mensile di informatica, attualità, opinione*, A. 31(2014) suppl. al n. 7, 10-18

CAPITOLO 3

ESERCIZIO ED EFFETTI DEL DIRITTO DI RECESSO

Il consumatore, come già esplicitato nel precedente capitolo, ha il diritto di esercitare eventualmente il recesso, entro i termini di decorrenza stabiliti dalla norma.

L'esercizio del diritto di recesso fa riferimento alle diverse modalità con le quali il consumatore può esercitare tale diritto. Tali modalità, a disposizione del consumatore, possono essere rintracciate nell' articolo art.54 del codice del consumo.

La direttiva europea 2011/83/UE ha introdotto una serie di novità nell'ambito del suo esercizio, modificando la normativa precedente contenuta nel vecchio articolo e introducendo delle nuove modalità di esercizio.

Antecedentemente al recepimento della direttiva, il consumatore che avesse intenzione di recedere dal contratto, poteva esercitare questo diritto tramite una comunicazione scritta all'operatore commerciale, di cui aveva avuti gli estremi, mediante una raccomandata con avviso di ricevimento.

La comunicazione poteva essere inviata anticipatamente anche tramite altre forme come telex, telefax, o fax, con l'obbligo, comunque, di conferma tramite raccomandata con ricevuta di ritorno entro le 48 ore successive.

Solo nel caso che la comunicazione fosse avvenuta effettuata tramite un documento informatico inviato per e-mail e provvisto di firma digitale non era necessaria

nessuna altra formalità in quanto il documento informatico, sottoscritto digitalmente, veniva equiparato al documento scritto.

In sostanza, il consumatore poteva sì far pervenire al professionista la comunicazione con qualsiasi mezzo differente, avendo quindi piena libertà di manifestare la propria volontà, tale esercizio rimaneva però in ogni caso condizionato dall'invio della raccomandata con ricevuta di ritorno, pena la nullità della comunicazione stessa di recesso.¹⁷

Si evinceva da tali considerazioni che il carattere dell'istituto era prettamente formale e che, pena la nullità non poteva prescindere dalla forma scritta come prova dell'esercizio della volontà di recesso del contratto.

L'unico caso in cui la comunicazione scritta poteva essere omessa era previsto nel caso il consumatore restituisse direttamente la merce al venditore entro i termini di decorrenza, ad ogni modo sempre se tale facoltà fosse stata prevista nel contratto.

Tornando all'obbligo di comunicazione del recesso, il legislatore non aveva ritenuto opportuno indicare nello specifico quale contenuto dovesse avere la comunicazione, si riteneva quindi, che fosse sufficiente che il consumatore dichiarasse espressamente di voler recedere dal contratto concluso nella data di stipulazione, senza ulteriori motivazioni.

¹⁷ R. CALVO, I contratti del consumatore, in Tratt. Dir. Comm. R dir. Pubbl. econ., Galgano, XXXIV, Padova, 2005, 254

La mancanza di oneri contenutistici è stata interpretata come un favore verso il consumatore, al fine di tutelarlo nel caso non fosse stato in grado, per mancanza di una terminologia adeguata, di esprimere una compiuta formula di recesso.

La normativa in atto, disciplinata dal nuovo articolo 54 codice del consumo si distanzia dal carattere formalistico della precedente ed allso stesso tempo, dal punto di vista della contenutistica, interviene al fine di renderla più comprensibile.¹⁸

L'art. 54, comma 1, infatti, prevede che: «Prima della scadenza del periodo di recesso, il consumatore informa il professionista della sua decisione di esercitare il diritto di recesso dal contratto. A tal fine il consumatore può: a) utilizzare il modulo tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B; oppure b) presentare una qualsiasi altra dichiarazione esplicita della sua decisione di recedere dal contratto».

Risulta evidente che rispetto alle precedenti formulazioni, in una logica finalizzata ad una maggiore certezza e semplificazione, il consumatore ha la possibilità di utilizzare il modulo di recesso predefinito, standardizzato a livello europeo, messo a disposizione nell'allegato B dell'articolo o ha la possibilità di far pervenire qualsiasi altra dichiarazioni che attestino la volontà di recesso.

Si attesta una maggiore libertà di forma in quanto il consumatore ha la piena possibilità di scegliere come effettuare la dichiarazione, anche se l'ordinamento

¹⁸ S. PAGLIANTINI, La riforma del codice del consumo ai sensi del d. lgs. 21/2014: una rivisitazione, in Contratti, G. Giappichelli, Torino, 2014, 815

precisa che si effettui preferibilmente su di un supporto durevole, al fine di rendere più agevole l'individuazione della prova di recesso.

Infatti, è necessario notare che la dichiarazione di recesso, scritta dal consumatore, deve risultare inequivocabile, risultando valida, ma comunque, l'onere della prova dell'avvenuto recesso, entro i termini stabiliti, incombe sempre sul consumatore.

La libertà di forma non è comunque assoluta in quanto non vengono ritenute valide dichiarazioni di recesso in forma implicita o tacita.¹⁹

L'introduzione del modulo standard oltre a semplificare le procedure per il consumatore ha apportato vantaggi anche ai venditori tra i quali la riduzione dei loro costi di amministrazione.

Tale modulo deve contenere alcuni dati indispensabili quali: il destinatario della comunicazione di recesso, il nome e l'indirizzo del consumatore recedente e la sua firma qualora il modulo sia notificato in versione cartacea, nonché la data.

Il venditore a sua discrezione può offrire al consumatore la possibilità di inviare e compilare elettronicamente il modulo standard o qualsiasi dichiarazione atta a manifestare il recesso sul proprio sito internet.

Il consumatore in ogni caso dovrà effettuare la dichiarazione entro i termini di recesso mentre il venditore sarà tenuto a trasmettere senza indugio, su di un supporto durevole, la conferma di ricevimento del recesso.

¹⁹ F. BRAVO, Commercio elettrico, in Enc. dir., Annali, V, Milano, 2012, 285

Al fine di ritenere valida la dichiarazione, dal punto di visto temporale e quindi della decorrenza, per l'esercizio del recesso si prevede che sia sufficiente che la comunicazione al venditore venga spedita entro i termini stabiliti.

Nella nuova normativa, l'invio della comunicazione rappresenta il criterio preso in considerazione al fine di determinare l'effetto liberatorio, effetto che era prettamente collegato alla ricezione della dichiarazione di recesso da parte del professionista nella precedente normativa (art. 66 cod. cons. vecchio testo).

Nel momento esatto in cui il consumatore invia la dichiarazione è libero dalle obbligazioni prese, in tal modo il principio dell'invio tutela il consumatore anche nel caso che la consegna della dichiarazione al venditore, per varie motivazioni, avvenga oltre i termini. Il criterio dell'invio denota quindi un ulteriore rafforzamento del principio della della tutela del consumatore.

Allo stesso tempo viene così superata la contraddizione su cui era costituito precedentemente l'esercizio del recesso.

Dal punto di vista della tempestività dell'esercizio non veniva considerato come un atto recettizio, ma in relazione agli effetti era valevole come atto recettizio. Si creava così un paradosso poiché a recesso già avvenuto il consumatore doveva attendere il ricevimento della dichiarazione da parte del venditore per liberarsi dalle sue obbligazioni.

In altre parole l'effetto liberatorio, a recesso avvenuto, era subordinato ad un evento ossia il ricevimento della dichiarazione da parte del venditore²⁰.

In base al principio generale di ripartizione dell'onere della prova (art. 2967 c. c.), il consumatore che intenda far valere in giudizio il proprio diritto, deve dimostrare di averlo esercitato tempestivamente, ovvero entro il termine di cui ai nuovi artt. 52, co. 2, o 53 codice del consumo. La nuova disciplina del recesso, prevedendo la libertà di forma, stabilisce che sarà compito del consumatore, che preferisce comunicare la sua intenzione di recedere con qualsiasi altro mezzo differente dal modulo standard B, preconstituirsì la prova della tempestività della dichiarazione, archiviandola su un supporto durevole, poiché in caso di controversia sarà sempre lui a dover dimostrare di aver esercitato, per tempo, il diritto di ripensamento²¹

²⁰ A. BENEDETTO, Recesso del consumatore, in Enc. dir., Annali, IV, Milano, 2011, 972

²¹ M. FARNETI, Il nuovo recesso del consumatore, in Le nuove leggi civili commentate, Cedam, Padova 2015, 5, 984

CAPITOLO 4

ESCLUSIONI DEL DIRITTO DI RECESSO

Il Codice del consumo, all'art. 59, prevede che vi siano alcune fattispecie di acquisti a distanza per i quali resti del tutto escluso il diritto di recesso.

L'articolo, in una logica di semplificazione e chiarezza, da un verso unifica le ipotesi contenute negli articoli 48 e 55 del codice, dall'altra puntualizza ulteriori ipotesi di esclusione, dipendenti dalle diverse tecniche di conclusione del contratto a distanza impiegate. Inoltre l'art 16 contenuto nella direttiva 2011/83/UE, specifica il carattere "necessario" di tali esclusioni, precisando l'impossibilità di una diversa regolamentazione nell'ordinamento nazionale ed eliminando quindi, la possibilità per le parti di accordarsi in maniera differente.

Secondo parte della dottrina, i professionisti, nell'esercizio dell'autonomia privata, possono riconoscere ai consumatori il diritto di recedere anche in alcune situazioni per le quali il recesso, risulterebbe ingiusto per l'impresa, e sarebbe legalmente escluso.²²

Procedendo con l'analisi delle varie ipotesi di esclusioni, precisamente definite dall'articolo 59, la lettera a) indica i «contratti di servizi dopo la completa prestazione del servizio, se l'esecuzione è iniziata con l'accordo espresso del

²² C. PILIA, Contratti a distanza e diritti dei consumatori, cit., 390

consumatore e con l'accettazione della perdita del diritto di recesso a seguito delle piena esecuzione del contratto da parte del professionista»

L'articolo propone di risolvere le contraddizioni previste dal vecchio comma 2 dell'articolo 55 cod. consumo, nel quale si escludeva il diritto di recesso per le forniture di «servizi la cui esecuzione fosse iniziata, con l'accordo del consumatore, prima delle scadenze del termine previsto per il recesso». Il professionista quindi non poteva opporre al consumatore l'avvenuta esecuzione dei lavori e precludergli il diritto al recesso, se avesse iniziato i lavori prima del decorrere dei termini e senza il consenso del consumatore.

La contraddizione viene risolta prevedendo che il professionista, al fine di precludere il diritto di recesso al consumatore, dovrà necessariamente attendere il decorrere dei termini di recesso, oppure dovrà concordare con il consumatore l'inizio dell'avvenuta prestazione prima della scadenza di tali termini.²³

A seguire, la lettera b) dell'articolo, stabilisce che il diritto di recesso venga escluso, poi, in caso di «fornitura di beni o servizi il cui prezzo è legato a fluttuazioni nel mercato finanziario che il professionista non è in grado di controllare e che possono verificarsi durante il periodo di recesso»

La ragione di ciò risiede nel fatto che, nel caso in cui l'oggetto del contratto abbia natura variabile in termini di valore, il diritto al recesso potrebbe assumere dei fini

²³ V. CUFFARO, Codice del consumo, Giuffrè, Milano, 2006, 329

speculativi. Ad esempio: il consumatore potrebbe richiedere il recesso dopo aver riscontato l'esito negativo dell'operazione, causato dalle fluttuazioni del mercato. Se quindi il recesso fosse ammissibile, il rischio dell'operazione ricadrebbe interamente sul professionista²⁴ ed inficerebbe sulla natura aleatoria del contratto stesso.

Le altre esclusioni, come quelle disciplinate dalle lettere c) in poi, trovano fondamento nella particolare natura dei beni oggetto di recesso.

Il legislatore, oltre a tutelare il consumatore, nella compravendita dei beni, prevede anche la tutela e la preservazione del patrimonio dei fornitori, escludendo così il recesso per tutti quei particolari beni i quali non possono essere rimessi in vendita.

La lettera c) dell'art. 59, esclude lo *ius poenitendi* per la «fornitura di beni confezionati su misura o chiaramente personalizzati».

Risulta evidente che tali beni, essendo stati prodotti su commessa secondo le specifiche proprie del consumatore, sono difficilmente ricollocabili sul mercato dal venditore. Un esempio calzante può essere rappresentato dalla produzione di abiti su misura, ovvero beni funzionali, esclusivamente per uno specifico consumatore.

Un caso simile a questo è quello previsto dalla lettera d), ovvero la «fornitura di beni che rischiano di deteriorarsi o scadere rapidamente».

²⁴ N. ZORZI GALGANO, Dal codice europeo dei contratti al Regolamento della vendita: la logica del sistema, anche con riferimento alla protezione del consumatore, in *Contratti e impresa / Europa*, a cura di M. BIN, Cedam, Padova, 2014, n.1, 290

Come per i beni altamente esclusivi, il recesso è escluso anche per tutti i beni che, a fronte di un processo di restituzione, non potrebbero mantenere la loro integrità a causa della loro facile deteriorabilità. Ciò implicherebbe l'impossibilità per il venditore di ri-commercializzare tali beni, in quanto l'integrità risulta una condizione imprescindibile per la vendita.

Di nuova formulazione sono invece le norme della lettera e) ed f), che prendono in considerazione le caratteristiche fisiche dei beni oggetto di trattazione. In particolare, nel primo caso la «fornitura 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».

Tali beni sono messi in vendita tramite apposite confezioni ed involucri protettivi, al fine di garantire al consumatore una sicurezza dal punto di vista -igienico-sanitario.

L'impossibilità del recesso è giustificata in quanto la rottura dell'involucro da parte del consumatore, non consentirebbe al venditore di rimettere in vendita il bene, poiché non sarebbe assicurata la tutela dell'igiene e della salute del consumatore stesso²⁵. Un esempio potrebbe essere rappresentato dai prodotti farmaceutici.

L'ipotesi della lettera f) attiene, alla «fornitura di beni che, dopo la consegna, risultano, per loro natura, inscindibilmente mescolati con altri beni».

²⁵ L'esclusione del ripensamento soddisfa, in questo caso, anche l'interesse del mercato ad ostacolare la circolazione di beni non più rispondenti ai normali requisiti di igiene e sicurezza.

L'esclusione deriva dall'evidente fatto che i beni in considerazione, non possono essere restituiti per la natura inseparabile che li rende indiscidibili da altri beni.

Vanno, infine, evidenziate le ipotesi di cui alle lett. i) ed l) dell'art. 59.

La prima si riferisce alla «fornitura di registrazioni audio o video sigillate o di software informatici sigillati che sono stati aperti dopo la consegna».

Per quanto riguarda la fornitura di registrazioni audio o video, il legislatore esclude il recesso in quanto dietro la restituzione ed il rimborso del prezzo, potrebbe celarsi l'ipotesi per cui il consumatore, oltre ad averne già fatto utilizzo, potrebbe anche praticare delle procedure di riproduzione dei contenuti.

In relazione ai software sigillati, aperti dopo la consegna, si vuole escludere l'ipotesi del recesso nel caso in cui il consumatore lo effettui dopo averne già tratto la sua completa utilità.

La lettera l) concerne la «fornitura di giornali, periodici e riviste ad eccezione dei contratti di abbonamento per la fornitura di tali pubblicazioni».

La restituzione dei giornali, periodici e riviste non è ammissibile poichè il diritto di ripensamento consentirebbe al consumatore di aver tempo per consultare e duplicare tali beni traendone l'utilità necessaria. Si tratta, peraltro, di prodotti caratterizzati da un «ristretto arco temporale di vita, decorso il quale gli stessi perdono qualsiasi utilità e valore economico».²⁶

²⁶ N. ZORZI GALGANO, Dal codice europeo dei contratti al Regolamento della vendita: la logica del sistema, anche con riferimento alla protezione del consumatore, cit., 290

Di particolare interesse risulta la norma contenuta nella lettera g) la quale riguarda «fornitura di bevande alcoliche, il cui prezzo sia stato concordato al momento della conclusione del contratto di vendita, la cui consegna possa avvenire solo dopo 30 giorni e il valore effettivo dipenda da fluttuazioni sul mercato che non possono essere controllate dal professionista».

Come nella b) l'intento del legislatore è quello di preservare l'aleatorietà del contratto ed evitare manovre speculative dei consumatori nell'esercizio del ius poenitendi. In particolare, la fornitura di alcuni vini, di particolari caratteristiche, potrebbe essere effettuata in relazione ad uno scopo speculativo in quanto il valore di tali vini è spesso legato all'andamento del mercato di riferimento. Nel caso in cui il mercato preveda un forte ribasso, il consumatore potrebbe avvalersi del diritto di ripensamento e trasferire i rischi della compravendita sul professionista. Il legislatore proprio per tale motivo ha inteso tutelare i venditori decretando l'esclusione in tale caso.

L'ipotesi alla lett. h) è invece relativa ai «contratti in cui il consumatore ha specificatamente richiesto una visita da parte del professionista ai fini dell'effettuazione di lavori urgenti di riparazione o manutenzione. Se, in occasione di tale visita, il professionista fornisce servizi oltre a quelli specificamente richiesti dal consumatore o beni diversi dai prezzi di ricambio necessari per effettuare la manutenzione o la riparazione, il diritto di recesso si applica a tali servizi o beni supplementari» In tale ipotesi si specifica che si esclude il diritto di recesso per le

manutenzioni o riparazioni richieste in via d'urgenza da parte del consumatore poiché non viene riconosciuto il fatto che lo stesso consumatore possa formulare la sua volontà in una situazione "di sorpresa", mentre, in riferimento a beni supplementari richiesti o ai beni diversi dai pezzi di ricambio necessari per effettuare la manutenzione o la riparazione, il diritto di ripensamento continua ad operare.

Altra fattispecie esclusa, secondo una logica simile alla precedente lettera, fa riferimento ai «contratti conclusi in occasione di un'asta pubblica». È necessario, per quanto riguarda le aste, distinguere fra le aste pubbliche e le aste che si realizzano a distanza, tramite piattaforme telematiche.

Nel primo caso, secondo la definizione europea di asta pubblica²⁷, il diritto di recesso viene escluso, in quanto non si riconosce che il consumatore possa trovarsi in una situazione di impreparazione e che non possa operare con sufficiente lucidità e ponderazione nel prendere le sue scelte, ovvero non si riscontrano gli aspetti fondamentali che possano giustificare l'applicazione del diritto di ripensamento.

Altro discorso per le aste che si realizzano tramite mezzi telematici, le quali, oltre a non contemplare la possibilità di essere presenti durante lo svolgimento dell'asta,

²⁷ (introdotta dall'art. 2, n. 13 della Direttiva sui diritti dei consumatori e ripresa dall'art. 45, lett. o), d. lgs. 21/2014), consistente nel «metodo di vendita in cui i beni o servizi sono offerti dal professionista ai consumatori che partecipano o cui è data la possibilità di partecipare all'asta di persona, mediante una trasparente procedura competitiva di offerte gestita da una casa da aste e in cui l'aggiudicatario è vincolato dall'acquisto dei beni o servizi»

non garantiscono la stessa protezione delle aste pubbliche²⁸. Proprio per tali ragioni, il legislatore non ha proceduto all'esclusione del diritto di recesso.

La lettera n) precisa l'esclusione riguardo «la fornitura di alloggi per fini non residenziali, il trasporto di beni, i servizi di noleggio di autovetture, i servizi di catering o i servizi riguardanti le attività del tempo libero, qualora il contratto preveda una data o un periodo di esecuzione specifici».

La norma è stata prevista «nell'esigenza di non far gravare sul professionista del settore turistico-alberghiero un rischio eccessivo, riferito al sistema delle prenotazioni o dei servizi offerti».²⁹

L'ultima esclusione riguarda «la fornitura di contenuto digitale mediante un supporto non materiale, se l'esecuzione è iniziata con l'accordo espresso del consumatore e con la sua accettazione del fatto che, in tal caso avrebbe perso il diritto di recesso» Si giustifica l'esclusione in quanto il consumatore acconsente preventivamente di perdere la possibilità di esercitare il proprio diritto di ripensamento.

²⁸ C. PILIA, *Contratti a distanza e diritti dei consumatori*, cit., 390

²⁹ B. COLOSIMO, in *I contratti a distanza nel codice del consumo: genesi, disciplina e recesso*, cit., 292

CONCLUSIONI

L'istituto del diritto di recesso assume notevole importanza in materia di tutela del consumatore in quanto consente di incrementare la fiducia che i consumatori possono riporre nei contratti on-line.

In particolare, la precisa definizione del diritto di recesso e delle relative norme in favore della tutela del consumatore, ha rappresentato uno dei fattori più importanti alla base della crescita esponenziale del commercio elettronico ed in particolare dei cosiddetti contratti e-commerce.

Nel nostro paese, anche se diffusosi con notevole ritardo rispetto ad altre nazioni, il fenomeno del commercio elettronico ha preso gradualmente piede ed è tuttora in costante crescita. Attualmente vanta circa 38 milioni di consumatori, pari a quasi due terzi della popolazione e fa segnare tassi di crescita anno su anno a due cifre, per un volume di affari che ha abbondantemente superato i 40 miliardi di euro.³⁰

I principali settori in ordine di grandezza che hanno visto un notevole incremento del fatturato riguardano le categorie del "tempo libero", del settore turistico, della "salute e bellezza" (grazie alla presenza sempre più massiccia delle farmacie on-line), settore moda ed alimentare (principalmente grazie allo sviluppo del food delivery).

³⁰ F. Giacomello, Statistiche e-commerce Italia 2019, fonte statistica Casaleggio Associati.

In virtù delle dimensioni del fenomeno, assume fondamentale importanza l'inquadratura sistemica delle varie norme che regolano questo istituto, con particolare riferimento ai contratti fra consumatori e imprenditori, disciplinati, come precedentemente accennato, nel Codice del Consumo.

BIBLIOGRAFIA

- Codice civile
- Codice del consumo parte III-II rapporto del consumo art 48-59
- E.TRIPOLI, F.SANTORO,S.MISSINEO, *Manuale di commercio elettronico*, Milano 2000
- FARNETI M., *Il nuovo recesso del consumatore*, Le nuove leggi civili commentate, a cura di CIAN G. e MAFFEI ALBERTI A., Cedam, Padova, 2015
- E. TOSI , in Digesto delle discipline privatistiche ,voce Contratto Virtuale ,Torino 2003
- G.PATANE , I contratti on-line stipulati con la firma digitale secondo la vigente normativa italiana
- F. CARINGELLA e G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2007
- A. FRATERNALE, *I contratti a distanza*, Giuffrè, Milano, 2002
- G. GRISI, *Rivista critica del diritto privato*, a cura di S. RODOTA', E. Jovene, Napoli, 2001.
- G. DE MARZO, *I contratti a distanza*, Giuffrè, Milano, 1999
- F. SCAVONE, *Le modifiche apportate al Codice del consumo a seguito del recepimento della direttiva 2011/83/UE*, in *Contratto e impresa/Europa*, Cedam, Padova, 2014,

- G. DE CRISTOFARO, La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato, in Nuove leggi civili commentate, Cedam, Padova, 5- 2014
- P. OCCHUZZI, Gli obblighi informativi, in Corriere giuridico: mensile di informatica, attualità, opinione, A. 31(2014)
- R. CALVO, I contratti del consumatore, in Tratt. Dir. Comm. R dir. Pubbl. econ., Galgano, XXXIV, Padova, 2005
- S. PAGLIANTINI, La riforma del codice del consumo ai sensi del d. lgs. 21/2014: una rivisitazione, in Contratti, G. Giappichelli, Torino, 2014
- F. BRAVO, Commercio elettrico, in Enciclopedia del diritto Annali, V, Milano, 2012
- A. BENEDETTO, Recesso del consumatore, in Enc. dir., Annali, IV, Milano, 2011
- M. FARNETI, Il nuovo recesso del consumatore, in Le nuove leggi civili commentate, Cedam, Padova 2015
- C. PILIA, Contratti a distanza e diritti dei consumatori, , Cedam, Trento, 2012
- V. CUFFARO, Codice del consumo, Giuffrè, Milano, 2006
- F. Giacomello, Statistiche e-commerce Italia 2019, fonte statistica Casaleggio Associati
- N. ZORZI GALGANO, Dal codice europeo dei contratti al Regolamento della vendita: la logica del sistema, anche con riferimento alla protezione del consumatore, Contratti e impresa/Europa, a cura di BIN M., Cedam, Padova, 2014