

# LA FORMA INFORMATIVA DEI C.D. SCAMBI SENZA ACCORDO: L'INDENNITÀ D'USO DEL BENE TRA RECESSO ED ABUSO DEL CONSUMATORE

(a proposito di CGCE, 3 settembre 2009,  
C-489/07)

Di Stefano Pagliantini

*SOMMARIO: 1. Introduzione: formalismo informativo, rischio contrattuale e nuova discrezionalità giudiziale ? - 2. La narrativa del fatto.- 3. I (tre) paradossi del formalismo informativo nei contratti a distanza: l'abuso del consumatore tra responsabilità oggettiva d'impresa e canone interpretativo della best consumer protection. - 4. Segue: eccesso di consumerism, abuso ed ingiustificato arricchimento. - 5. Forma informativa, effetti economici del recesso e la valenza integrativa/correttiva del diritto comune.- 6. Traccia per un secondo approccio: la bona fides interpretativa come volet di orientamento applicativo del formalismo informativo. - 7. Segue: gli usi ex fide bona del formalismo informativo. - 8. Intermezzo: l'ingiustificato arricchimento come effetto collaterale nei contratti conclusi fuori dei locali commerciali. - 9. Una piccola chiosa finale. - 10. Postilla: la proposta di direttiva sui diritti dei consumatori.*

## 1. Introduzione: formalismo informativo, rischio contrattuale e nuova discrezionalità giudiziale?

L'affacciarsi di una rigorosa interpretazione giurisprudenziale del formalismo informativo è segno, a detta di molti<sup>1</sup>, di una nuova sensibilità giudiziale,

<sup>1</sup> V., *principaliter*, A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 576 e L. ROSSI

CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, ivi, 349 ss. Nel sistema francese, senza alcuna pretesa di esaustività, J. CALAIS AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, in *RTD civ.*, 1994, 239 ss.; J. P. PIZZIO, *La protection des consommateurs par le droit commun des obligations*, e D. MAZEAUD, *L'attraction du droit de la consommation*, entrambi in *RTD. comm.*, 1998, rispettivamente, 53 ss. e 95 ss. In quello tedesco, *inter alios*, J. BASEDOW, *Freedom of Contract in the European Union*, in *ERPL*, 2008, §§ 3.2 e 4; AA. VV., *Consumer Law*



più attenta alla «*morale collective, d'ordre économique, qu'à la morale individuelle*»<sup>2</sup>.

Questo stringato rilievo si iscrive nella tendenza più recente, detta di «*instrumentalisation*» del diritto<sup>3</sup>, che cataloga l'insieme della normativa consumerista tra le tecniche del legiferare che sono al servizio di una politica di protezione di interessi seriali «*dont la réalisation semble commander de donner la plus grande ampleur possible à ses mesures clés*». Ma se è vero che il formalismo informativo costituisce il *fleuron* del diritto secondo dei consumi, residua più di un dubbio ch'esso rappresenti pure il laboratorio ove si può inverare un nuovo modo di essere della discrezionalità giudiziale: come l'*affaire Pia Messner c. Firma Stefan Krüger* (C-489/07)<sup>4</sup>, deciso in epigrafe, dimostra con un'evidenza che ha del paradigmatico.

## 2. La narrativa del fatto

La narrativa del fatto: il consumatore, che sia receduto da un contratto di compravendita a distanza trascorsi ben undici mesi dalla stipula, è tenuto a versare al professionista, resosi responsabile di un non corretto adempimento dell'obbligo informativo, un'indennità per l'uso transitorio della *res restituenta*?<sup>5</sup> Nella specie un *pc* portatile acquistato a prezzo d'occasione. Oppure, proprio a motivo della non corretta istruzione sul diritto di recesso, non è ipotizzabile un ripristino dello *status quo ante* che tenga conto, riguardo al *quantum* delle obbligazioni restitutorie, del deteriorarsi della merce ordinata in conseguenza di un impiego temporaneo della stessa conforme alla sua destinazione tipica?<sup>6</sup>

*Compendium*, a cura di Schulte-Nölke/Twig-Flesner, München, 2008, p. 728 (in [www.eu-consumer-law.org/consumerstudy](http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy)).

<sup>2</sup> Così A. LEPAGE, *Les paradoxes du formalisme informatif*, in *Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais - Auloy*, Dalloz, 2004, 616 (pure per la citazione che segue).

<sup>3</sup> Cfr. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, 2001, n. 11.

<sup>4</sup> La questione pregiudiziale era stata sollevata dall'AG Lahr - 26 ottobre 2007 - a seguito della domanda di rimborso della consumatrice (contestata dalla stessa impresa che si era rifiutata di riparare gratuitamente il difetto). Per un primo commento v. J. FAUSTMANN, *Anmerkung*, in *MMR*, 2008, 271.

<sup>5</sup> E' prassi delle imprese, operanti su *internet*, pubblicare nel proprio sito delle condizioni generali di vendita ove figurano clausole di siffatto tenore. Cfr. V. AVENA-ROBARDET, *Faculté de rétractation dans les ventes à distance: entre illusion et réalité*, in *D.*, 2009, 2161 e G. ROUSSET, *Droit de rétractation et vente à distance, un éclairage communautaire intéressant*, in *JCP E*, 2009, n. 50, 2168.

<sup>6</sup> Ai sensi del § 357, Abs. 3, *BGB*, il consumatore «*hat abweichend von § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Wertersatz für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung zu leisten*». Mentre il § 312d stabilisce

Sono interrogativi, che la prassi pone, su cui piuttosto raramente si appunta l'attenzione della dottrina<sup>7</sup>, complice una qual certa vaghezza del dato normativo, comunitario prima (art. 6, 2 co., dir. 97/7)<sup>8</sup> e nazionale poi (artt. 64, 1 co. e 66, 2 co., c. cons.). Eppure la questione è essenziale, non foss'altro per il fatto che, definendosi per suo tramite il *quantum* di tutela spettante al consumatore, l'interprete può procedere più consapevolmente ad illustrare, in maniera fedele, il regime protettivo che connota la forma informativa dei contratti a distanza. Che -si badi- contrariamente a quanto è abituale trovare scritto, mostrano lo svolgersi di una forma di protezione governata da regole tutte proprie. D'altronde se ogni rapporto di consumo, com'è stato finemente scritto, ha quale tratto connotativo quello di mettere in mostra una spiccata «*contrazione espressiva*»<sup>9</sup>, quand'è questione di uno scambio a distanza innegabilmente lo strutturarsi della fattispecie segue lo schema di una rigida fissità di segni e gesti telematici. E siccome lo scambio *on line*, per effetto di questi segni e gesti telematici, si articola entro la cornice di una «*ricognizione di univocità prestabile*»<sup>10</sup>, a risentire -nel senso di manifestare il solo «*senso programmato*»- è pure l'insieme ripetitivo e standard delle formalità modali, di avviamento al contratto, soddisfattive del «*bisogno informativo*»<sup>11</sup> di chi accetta (cioè sceglie) la merce offerta (cioè esposta sul sito *web*). Vuol forse questo dire,

che, in deroga al § 355, n. 2, il termine per il recesso non inizia a decorrere prima dell'adempimento dei doveri di informazione di cui al § 312c, n. 2. Il diritto francese non presenta, viceversa, alcuna norma corrispondente al § 357, abs. 2 *BGB*. C'è per altro chi fa notare che la direttiva non preclude affatto «*obblighi di rimborso delle spese quale effetto naturale dello scioglimento del vincolo*» (così R. GIAMPETRAGLIA, *sub. art. 64*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di Alpa e Rossi Carleo, Napoli, 2005, 467).

<sup>7</sup> Almeno di quella italiana. Diverso il panorama europeo: v., con dovizia di riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, H. - J. MUSIELAK, *Grundkurs BGB*, 10 Aufl., München, 2007, 67 - 69 e 72 - 74 nonché, proprio a commento della Corte di giustizia, M. SCHIRMBACHER, *Erhebliche Unsicherheit bei der Abfassung der Widerrufsbelehrungen*, in *BB*, 2009, 2165 s. e G. PAISANT, *Obs.*, in *JCP G*, 2009, n. 47, 25 ss.

<sup>8</sup> Sulla spiccata natura antifibologica della *littera legis* comunitaria v., in luogo di tanti, H. W. MICKLITZ, *La directive vente à distance 97/7/EC*, in STAUDER (a cura di), *La protection des consommateurs acheteurs à distance*, Zurigo, 1999, 23 ss., spec. 37. Di una Corte che si è «*befand sich in einem Dilemma*» discorre O. DAMM, *Anmerkung*, in *MMR*, 2009, 745.

<sup>9</sup> V. N. IRTI, *Testo e contesto*, Padova, 1996, 78; *Id.*, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss.

<sup>10</sup> V. N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in AA. VV., *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, a cura di Irti, Padova, 1996, 638 (pure per la citazione che segue). Lo «*sradicamento dal tempo e dallo spazio*» isola i «*simboli telematici... in un'astratta funzionalità, in una prestazione tecnica che vale in sé e per sé*» (v. IRTI, *op. loc. ult. cit.*).

<sup>11</sup> Così N. IRTI, «*E' vero, ma...*» (*Replica a Giorgio Oppò*), in *Riv. dir. civ.*, 1999, 275 e 277.



di là da tutte le considerazioni formulabili sull'ammissibilità di scambi contrattuali senza accordo ovvero risultanti dal combinarsi di due atti unilaterali in pari tempo leciti e «a-dialogici»<sup>12</sup>, che tutti i vari ragionamenti incentrati sulla *perdita della fattispecie* hanno un senso compiuto solo allorquando risultano comunque punteggiati da un apprezzamento *in concreto* delle circostanze contingenti in cui si articola il singolo atto o rapporto di consumo?

E' molto più che probabile<sup>13</sup>: ed il fatto che la giurisprudenza della CGE talora riconosca (riguardo all'obbligo di versare gli interessi al tasso di mercato: v. *Schulte*, 25 ottobre 2005, causa C-350/03 e *Crailsheimer Volksbank*, 25 ottobre 2005, causa C-229/04) quel che altrove più plausibilmente nega (*Quelle*, 17 ottobre 2008, causa C-404/06, rispetto invece ad un'indennità d'uso)<sup>14</sup>, ne è la rappresentazione più vividamente sintomatica.

Una piccola avvertenza, a scanso di equivoci, prima di procedere oltre.

La fattispecie testé sunteggiata ricorda molto da vicino quella che ha originato la sentenza *Quelle*: ma, nonostante quello che potrebbe sembrare a tutta prima, non le è per nulla assimilabile. Vi osta l'elementare ma decisiva ragione che, mentre là si dibatteva sulla fornitura di un bene (di consumo) non conforme a quanto pattuito, qui la questione riguarda un vizio insorto dopo che sono trascorsi alcuni mesi dalla consegna. Perciò, se è pur vero che, in ambedue i casi, si fa domanda di un'indennità per l'uso *medio tempore* della *res* poi restituita, manco

<sup>12</sup> La polemica -notissima- si legge in G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto*?, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 525 ss.

<sup>13</sup> Come fa notare un'autorevole dottrina: v. G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, 82. Il periodare di questo a. è molto vicino a quanto, significativamente, nota altrove A. LEPAGE, *Les paradoxes du formalisme informatif*, cit., p. 616 s.

<sup>14</sup> Per un primo commento delle quali v. J. HOFFMANN, *Die EuGH-Entscheidungen "Schulte" und "Crailsheimer Volksbank": Ein Meilenstein für den Verbraucherschutz beim kreditfinanzierten Immobilienerwerb?*, in *ZfW*, 2005, 1985-1994; A. STAUDINGER, *Die Zukunft der "Schrottimmobilien" nach den EuGH-Entscheidungen vom 25.10.2005*, in *NjW*, 2005, 3521-3525; M. HÄUBLEIN, *Rechtsfolgen unterlassener Belehrung über das Verbraucherwiderrufsrecht nach den Urteilen des EuGH*, ivi, 2006, 1553-1558; G. PIGNARRE - L. F. PIGNARRE, *A propos de la gratuité du remplacement d'un bien non conforme*, in *D.*, 2008, 2631-2635; T. MÖLLERS - A. MÖHRING, *Recht und Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung bei generellem Umsetzungswillen des Gesetzgebers*, in *JZ*, 2008, 919-924 (per la terza). Una preziosa trattazione del problema si trova in E. BARGELLI, *Gli effetti del recesso nei principi Acquis del diritto comunitario dei contratti*, in AA. VV., *I "Principi" del diritto comunitario dei contratti*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, 391 ss. e, in luogo di tanti, nelle belle pagine di M. DE FRANCESCHI, *La sostituzione del bene «non conforme» al contratto di vendita (a proposito di C. giust. CE 17 aprile 2008, C-404/06)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 559 ss.

può trascurarsi di rilevare che le circostanze fattuali sono molto differenti. Di talché, per evidenti ragioni di congruenza logica, non è dato pensare che il dispositivo di *Quelle*<sup>15</sup> possa utilmente invocarsi come fattore regolativo della questione. Ma, allora, come risolvere il problema?

### 3. I (tre) paradossi del formalismo informativo nei contratti a distanza: l'abuso del consumatore tra responsabilità oggettiva d'impresa e canone interpretativo della *best consumer protection*.

Come premessa del ragionamento può tornare utile muovere dalla constatazione che il contratto a distanza si caratterizza per il fatto di dare veste ad una operazione di scambio che si perfeziona senza il medio di un qualsiasi contatto personale tra fornitore ed acquirente. C'è un contrarre, com'è stato suggerito, che scaturisce soltanto dal confluire di due atti unilaterali in «altro» (leggi nell'«immagine della merce»)<sup>16</sup>. Di qui l'esigenza di riconoscere al consumatore, proprio allo scopo di ovviare alla carenza di una «simultanea presenza fisica» tra le parti<sup>17</sup>, un diritto di recesso senza alcuna penalità: un recesso rivolto, negli intendimenti del legislatore comunitario, a collocare l'acquirente a distanza nella condizione di colui che, per il fatto di negoziare *de visu*, prende visione dell'oggetto prima di procedere alla stipula.

Orbene, quand'è così, per lo studioso dei *paradossi* del formalismo informativo, ci sono almeno tre ottime ragioni che rendono la questione pregiudiziale (e la decisione) *Messner c. Krüger* di un'evidenza topica.

<sup>15</sup> Secondo il quale, com'è noto, osta all'art. 3 della direttiva 99/44 una disciplina nazionale che riconosca al venditore, ove sia stato alienato un bene di consumo non conforme a quanto contrattualmente previsto, il diritto di esigere dal consumatore un'indennità per l'uso della *res* non conforme (fino, s'intende, al momento della sua sostituzione con un nuovo bene). Sulla questione si rinvia alle acute considerazioni di S. ROHLFING, *Nutzungsvergütung bei Ersatzlieferung?*, in *GPR*, 2006, 80-86 e di P. ROTT, *The Quelle Case and the Potential of and Limitations to Interpretation in the Light of the Relevant Directive*, in *ERPL*, 2008, 1119-1130.

<sup>16</sup> Se c'è accordo, la proposta e l'accettazione «assumono la merce come oggetto del rapporto dialogico». Qui, invece, c'è solo «l'espore e il preferire la merce» (così N. IRTI, «*E' vero, ma...*» (*Replica a Giorgio Oppo*), cit., p. 277).

<sup>17</sup> L'espressione è di V. TRSTENJAK, *Conclusioni* alla causa C-489/07 (§ 3). Nella stessa ottica v. pure il 14 *Considerando* della direttiva 97/7 ed il 22 della Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori dell'ottobre 2008. Meglio ancora si legge in E. NAVARRETTA, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Remedies in contract*, a cura di Vettori, Padova, 2008, 161, quanto all'esigenza di una «corrispondenza biunivoca tra interesse protetto e rimedio».

Si può cominciare osservando che un contesto normativo nel quale il diritto di recesso, nonostante la contraria lettera dell'art. 65, 3 co., c. cons.<sup>18</sup>, non si dovrebbe estinguere fin quando il consumatore non sia stato correttamente informato, abilita evidentemente costui, essendo tenuto alle *sole spese dirette* di restituzione del bene al mittente, a servirsi *medio tempore* della *res*. Ma viene da chiedersi: non è, nella misura in cui l'utilizzo temporaneo del bene avviene senza *alcun* costo aggiuntivo, che qui si materializza quell'*effetto perverso* della legge di cui parla la dottrina francese allorché l'inverarsi di un dato normativo importa delle vicende secondarie o collaterali, imprevedute o «*sous – estimés, ... indésiderables et non désirées*»?<sup>19</sup> Lo stesso concetto -si badi- si può esprimere evidenziando che, ove il tasso di operatività di una legge speciale sia debordante, il risultato che si ottiene è di penalizzare oltre misura l'esigenza di «*impersonalité*» del diritto patrimoniale comune<sup>20</sup>. Bisogna infatti considerare che l'indennità domandata dal professionista si commisura esclusivamente ai vantaggi che dall'uso giornaliero il consumatore ha tratto. Nelle *Conclusioni* dell'Avvocato generale Trstenyak (§ 52) si denomina una siffatta indennità come canone di noleggior per l'uso plurimensile del bene: e l'espressione ben rende su quali utilità si appunti la pretesa del professionista. Che, giova evidenziarlo, non differisce poi troppo dall'ammontare degli interessi dovuti dal consumatore, mutuatario di un credito fondiario, che sia poi receduto dal contratto stipulato fuori dei locali commerciali.

*Seconda notazione.*

E' evidente che l'ammettere o l'escludere l'indennità reagisce sui criteri di distribuzione del rischio contrattuale. *Nulla quaestio* infatti sulla circostanza che il fornitore debba sopportare il rischio dell'operazione economica pendente il termine (ordinario) relativamente breve -dieci giorni lavorativi, art. 64, 1 co., c. cons.- per l'esercizio del diritto di recesso. E' un corollario, come prima si diceva, dell'essere la contrattazione a distanza spoglia di

ogni diretto contatto interpersonale tra professionista e consumatore. Sennonché, se il termine per il recesso non inizia a decorrere fin quando il consumatore non sia stato correttamente istruito, nel caso si abbia la propensione a credere che il professionista, inadempiente quanto agli obblighi di informazione documentale, mai abbia titolo a domandare qualsivoglia indennità per l'uso, l'effetto che si ottiene è rimarchevole. Perché, giova evidenziarlo, da un lato si ha come risultato di imputare *per intero* al professionista il rischio economico dell'affare; dall'altro, e *pour cause*, di apprezzare un fatto di per sé neutro -la mancata attribuzione di ogni utilità interinale- in termini di *sanzione tipica* per il professionista che, non dando pieno seguito agli obblighi legali di informazione, negozi comunque a distanza. Ove tipica -si badi- sta per *tipizzante*: nel senso che l'esclusione dell'indennità è catalogabile, ove sia questione di contratto a distanza, alla stregua di una sanzione costitutivamente ancillare allo svolgersi dell'abituale rimedio rappresentato dalla mancata estinzione del recesso<sup>21</sup>.

Pure la teorica su menzionata degli scambi senza accordo può, volendo, suffragare un siffatto modo di ragionare. Si potrebbe infatti sostenere (con un primo argomento che mima il canone dell'interpretazione funzionale ex art. 1363 c.c.): chi acquista a distanza, poiché lo fa col solo ausilio di un'icona corredata di un'immagine illustrativa (della merce), impiega sì parole ma di un linguaggio tecnico, «destoricizzato e de – localizzato che nulla ha [da spartire] con il dialogo» (leggi con l'accordo)<sup>22</sup>. E siccome il lessico telematico in quanto forma astratta, «mezzo e messaggio» nello stesso tempo, è in grado di esprimere la sola ed incontestabile univocità significativa che è stata prestabilita, si avrà che *ogni* incompletezza informativa, essendo deviazione da uno standard prescrittivo (di diritti ed obblighi) infungibile, gemina di per sé un rischio *interamente* a carico del professionista. D'altronde, si potrebbe aggiungere, uno scambio che non conosce alcun tasso di ambiguità interpretativa, in quanto il linguaggio telematico che lo veicola si compone solo dei segni meccanici compresi «entro l'apparato tecnico»<sup>23</sup>, ha il vantaggioso effetto, per l'impresa, di abbattere (se non di azzerare) una parte cospicua dei costi transattivi legati all'operazione economica. Niente di più plausibile, allora, che il professionista, così come è titolare e-

<sup>18</sup> Stando alla quale se il professionista non ha soddisfatto gli obblighi di informazione legale «il termine di recesso è ... di novanta giorni» decorrente, per i beni, «dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore» e, per i servizi, «dal giorno della conclusione del contratto».

<sup>19</sup> Così J. GHESTIN, *Les effets pervers de l'ordre public*, in *Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda. Propos impertinents de droit des affaires*, Dalloz, 2001, 123 s. e A. LEPAGE, *Les paradoxes du formalisme informativ*, cit., p. 602. Indispensabili, per la ricostruzione di un dibattito alquanto vivace, pure le raffinate notazioni di P. MALAURIE, *L'effet prophylactique du droit civil*, in *Études de droit de la consommation*, cit., p. 670 s.

<sup>20</sup> La felice espressione si legge in C. NOBLOT, *Le contractant professionnel à l'épreuve du réalisme judiciaire*, in *Petites Affiches*, 9 nov. 2001, 3 s.

<sup>21</sup> V., per una più diffusa disamina, S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, 52 – 60.

<sup>22</sup> Così N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, cit., p. 637 (pure per la successiva).

<sup>23</sup> Cfr. N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, cit., p. 638.



clusivo dei benefici che sono connessi alla «pura oggettività»<sup>24</sup>, risponda, quando il recesso del consumatore risulti -come qui- comunque *nei termini*, di tutte le disutilità ancillari ad una sua condotta negligente. Lo si potrebbe definire -questo secondo rilievo- come l'argomento di una *responsabilità capitalistica d'impresa*<sup>25</sup>, ovvero, in una prospettiva contigua, della *best consumer protection*, elevata a canone di interpretazione privilegiata della disciplina comunitaria: il «costo dell'autonomia» che il consumatore, essendo spogliato della facoltà di contrattare, cioè di «discutere o sovvertire»<sup>26</sup> (art. 1326, 5 co., c.c.), si trova a patire, non può non essere compensato da un'imputazione al professionista di tutte le disutilità consequenziali al *fatto oggettivo* di debordare dallo standard di forma prescritto come misura di protezione<sup>27</sup>. In quanto questo fatto comunque è qualificabile come una *inesatta esecuzione*. Il tutto nel segno della rinnovata qualificazione del contratto come «momento dell'attività di mercato dell'impresa»<sup>28</sup>.

Già, senonché viene subito da domandarsi: ma quant'è corretto pensare che il consumatore, per quanto lamenti un qualche difetto informativo, abbia titolo per non restituire un arricchimento che ha maturato a seguito di un utilizzo gratuito della merce poi restituita? Si pensi al consumatore che non si limita a provare il bene ma ne fa invece un «uso intenso»<sup>29</sup> oppure che ordina la merce per una particolare occasione, la utilizza debitamente a tal fine e poi provvede a rispedirla al mittente adducendo come motivazione il recesso dal contratto<sup>30</sup>. La (felice) notazione della Corte che, in caso di uso in-

*compatibile con i principi del diritto civile*<sup>31</sup>, fa salva la previsione di un'indennità, essendo stata pronunziata in modo assertivamente generico e con una buona dose di pragmatismo, si mostra troppo evasiva. Si poteva infatti meglio rilevare: se arricchimento notoriamente è pure una *mancata diminuzione patrimoniale*, siccome qui tra il fatto (dell'uso) ed il depauperamento (del professionista) si ha un rapporto di immediatezza, non si può non porre un problema di *restituzione* di una somma pari a ciò di cui il consumatore si sia arricchito per effetto del godimento della prestazione ricevuta.

C'è un argomento dogmatico che può dare una veste teorica più che plausibile a quest'ultimo ragionamento. Ed è declinabile così: *abusa* (in senso stretto) il consumatore che cerchi di lucrare «utilità diverse ed ulteriori» rispetto a quelle che, col riconoscergli il recesso di pentimento, il diritto comunitario ha inteso riservargli<sup>32</sup>. E' un abuso (del diritto) vero e proprio in quanto, se questo è da ritenere prospettabile solo allorché il potere esercitato risulta indirizzato all'appropriazione di «altre e diverse utilità»<sup>33</sup>, allora è innegabile ch'esso qui ricorra, avendo il consumatore mostrato di servirsi dello *ius poenitendi* per uno scopo *difforme* da quello consentito alla sua originaria attribuzione. *Kein grenzenlosen Verbraucherschutz* quindi: posto che la direttiva 97/7, come la Corte (involontariamente?) rammenta, non ha quale scopo di riconoscere al consumatore *delle* utilità che oltrepassino il suo diritto a sciogliersi dal contratto. Il tutto, se le utilità trattenute non rientrano nel *contenuto* del diritto, nella prospettiva di una *gemeinschaftsrechtliche Kontrolle für verbraucherschützende Widerrufsrechte*<sup>34</sup> in termini di ragionevolezza.

Sotto questo aspetto non è sorprendente, sebbene altrove sia apparso tale<sup>35</sup>, che lo stesso argomento interpretativo -l'effettività del recesso- spieghi per la Corte sia il principio di diritto (divieto di indennità) che l'annesso suo temperamento.

<sup>24</sup> Che «sarebbero compromessi o minacciati dall'uso della parola» (così N. IRTI, «E' vero, ma...» (Replica a Giorgio Oppo), cit., p. 274).

<sup>25</sup> Nella prospettiva di un «capitalismo» che «non può tollerare l'ambigua soggettività del dialogo» (v. N. IRTI, «E' vero, ma...» (Replica a Giorgio Oppo), cit., p. 273).

<sup>26</sup> Così N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, cit., p. 638.

<sup>27</sup> V., per questo sintagma, G. OPPO, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 48.

<sup>28</sup> Cfr. G. OPPO, *Contratto e mercato*, in *Scritti giuridici*, VII, Padova, 2005, p. 196. Sul fatto che gli utili percepiti vadano restituiti nel caso il consumatore, nonostante il difetto, abbia potuto comunque servirsi della cosa, v. B. GRUNEWALD, *sub* § 439, in *Erman Kommentar zum BGB*<sup>12</sup>, Köln, Rdnr. 11.

<sup>29</sup> Per questa espressione v. V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, cit. § 31.

<sup>30</sup> La dottrina tedesca e francese offre una puntuale ricostruzione di quest'ultima fattispecie: si fa il caso dell'ordine di un capo d'abbigliamento per un dato evento, di stoviglie per un ricevimento o di un televisore per un evento calcistico. Cfr. B. SCHINKELS, *Fernabsatzverträge*, in Gebauer - Wiedemann (a cura di), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2005, 209 ss., Rdnr. 63; T. BRÖNNEKE, *Abwicklungsprobleme beim Widerruf von Fernabsatzgeschäften*, in *MMR*, 2004, 127 ss. e G. PAISANT, *Obs.*, cit., p. 27.

<sup>31</sup> V. CGE, 3 settembre 2009, cit. § 29: una formula, per altro, che ricorre assai raramente nella giurisprudenza della Corte.

<sup>32</sup> Questo, naturalmente, a seguire la ricostruzione dell'abuso del diritto, come tecnica di controllo 'causale', finemente suggerita, di recente, da G. D'AMICO, *Il recesso ad nutum tra buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti* 2010, 19 ss.

<sup>33</sup> V. G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 20. Sembra invece non distinguere tra abuso e contrarietà a buona fede G. ROUSSET, *Droit de rétractation et vente à distance, un éclairage communautaire intéressant*, cit., p. 2168. E solo lessicale pare pure l'affinità - *finalités du droit*, rimedio che *sort du domaine de la protection* di G. PAISANT, *Obs.*, cit., p. 27.

<sup>34</sup> A voler mimare il titolo di un noto contributo di P. MANKOWSKI, *Die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle von Erlöschentatbeständen für verbraucherschützende Widerrufsrechte*, in *JZ*, 2008, 1141 ss., 1146.

<sup>35</sup> Così G. PAISANT, *Obs.*, cit., p. 27.



**4. Segue: eccesso di consumerism, abuso ed ingiustificato arricchimento.**

Che dire inoltre riguardo ad un possibile titolo del professionista per esigere una somma compensativa dei danni originati dall'uso della *res*: cioè un'indennità non per l'uso ma per l'usura? E' vero che la *littera legis*, comunitaria (art. 6, 2 co., dir. 97/7/CE) e nazionale (art. 64, 1 co., c. cons.) fa esplicito divieto di ogni penalità: ma per tali, sembra ragionevole pensare, devono intendersi quelle indennità che fossero connesse all'esame diretto della merce o ad un suo breve impiego a titolo di prova. Come, per la verità, la stessa Corte riconosce allorquando evidenzia che contraria al diritto comunitario sarebbe una norma nazionale che prevedesse in modo generico un'indennità (per un primo vaglio della *res*) o, come sembra ragionevole credere, l'addebito, in caso di recesso, delle somme versate a titolo di spese di consegna della merce<sup>36</sup>. Non però per altre voci<sup>37</sup>. Di talché l'impressione che un'interpretazione refrattaria ad una riduzione teleologica della portata dell'art. 64 c. cons. (a mo' di una *Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung*)<sup>38</sup> avvantaggi troppo il consumatore e comprometta il costituirsi di un equilibrio rimediabile soddisfacente permane. La previsione di un diritto di recesso, se si apparenta con le sole utilità che sono organiche alla sua attribuzione, non tollera torsioni verso finalità dissimili (il godere di una *res* acquistata ad un prezzo d'occasione), *inesigibili* perché *ultronee*.

Perplexità -semmai- desta il richiamarsi della Corte ad una indennità *ammissibile* ove il suo im-

porto non si mostri «sproporzionato rispetto al prezzo di acquisto del bene»<sup>39</sup>. Evidentemente non per il rilievo in sé: ovvio e col pregio di marcare il (netto) distinguo teorico che passa tra sindacato avente ad oggetto la proporzionalità (di un *quantum* indennitario) e giudizio sull'abusività delle modalità di esercizio (di un potere)<sup>40</sup>. Gli è però che un enunciato di siffatto tenore rischia di trasformare in illusoria la pretesa del professionista nel momento in cui lo si fa subito seguire dall'osservazione, per nulla di complemento, che l'onere della prova di uso indebito -durante il periodo di recesso- è sempre a carico del venditore<sup>41</sup>. Un onere del genere, non v'è chi non lo veda, è difficile infatti da soddisfare, salvo che il pensiero sottinteso della Corte non sia quello di immaginare, per il fatto stesso del *mero possesso utilitaire* della cosa, un discutibile ricorso al meccanismo delle presunzioni<sup>42</sup>. Ma allora *quid iuris* se il cyberconsumatore, ignaro della parzialità informativa, dovesse aver scelto *sua sponte* di non dare corso all'utilizzo della cosa fino al momento del recesso visto che l'oggetto «si sarà nondimeno svalutato in conseguenza del mero decorso del tempo»?<sup>43</sup>

Ma c'è di più.

Il fatto, si prenda nota, è che il problema non consiste tanto nel rilevare l'attitudine fisiologica di ogni regime protettivo -d'ordine pubblico- di riconvertire sempre il contraente *faible* in quello *puissant*<sup>44</sup>. Rilievo che può esser vero, ma con la controindicazione evidente di omettere il dato tipico dell'intera questione: che pare risiedere sempre e soltanto nell'individuazione di una *misura di ragionevolezza* cui devono attenersi i singoli *standards* di tutela del consumatore. Altrove, per scongiurare il pericolo di un regime di superprotezione (formale) del consumatore, onde evitare il proliferare di condotte palesemente di malafede e sminuenti il «*sentiment de responsabilité individuelle*»<sup>45</sup>, si escogitano tecniche correttive più o meno raffinate: *pas de*

<sup>36</sup> La questione -causa C-511/08 (*Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e V c. Heinrich Heine GmbH*), sollevata dal *Bundesgerichtshof* con decisione del 1 ottobre 2008- è ancora pendente, ma tutto lascia pensare che non possa concludersi diversamente: da un lato infatti la lettera dell'art. 6, n. 1, della direttiva 97/7 giacché, se le *uniche* spese *dovute* sono quelle dirette di spedizione dei beni al professionista, si impone l'esigenza di un'interpretazione restrittiva; dall'altro l'espressione dell'art. 6, n. 2 riguardo all'obbligo del professionista di rimborso *gratuito* delle somme *versate* dal consumatore recedente: che sembra preludere, se davvero di *rimborso integrale* si tratta, alla restituzione di tutto quanto risulta sia stato versato a titolo di *spese contrattuali*. V., comunque, le *Conclusioni* dell'Avvocato generale P. Mengozzi del 28 gennaio 2010 (che motiva pure in forza del principio di equa ripartizione delle spese (§§ 47 - 49).

<sup>37</sup> Concorde M. DE FRANCESCHI, *La sostituzione del bene «non conforme» al contratto di vendita (a proposito di C. giust. CE 17 aprile 2008, C-404/06)*, cit., p. 579. Sulla vessatorietà delle clausole prescriventi «*des modalités... non justifiées par la nécessité d'assurer la protection du bien restitué*», v. V. AVENAROBARDET, *Faculté de rétractation dans les ventes à distance: entre illusion et réalité*, cit., p. 2161.

<sup>38</sup> Sul problema, che in Germania ha sollevato un dibattito appassionato ancora in corso, v. C. BALDUS, *Quelle: Ärger frei Haus*, in *GPR*, 2009, 53 s.

<sup>39</sup> Così CGE, 3 settembre 2009, cit. § 27.

<sup>40</sup> Ovvero il discrimine ignorato, visto che non figura nella sua pur lunga motivazione, da Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Corr. giur.*, 2009, 1577 ss., con nota di F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*.

<sup>41</sup> In quanto pregiudicherebbe l'efficacia del diritto di recesso una disciplina nazionale «che ponesse a carico del consumatore l'onere della prova di non avere usato [il bene] .... oltre quanto necessario» all'utile esercizio del recesso (così CGE, 3 settembre 2009, § 27).

<sup>42</sup> E' l'avviso di G. PAISANT, *Obs.*, cit., p. 28, secondo il quale il problema della prova «*ne devrait pas se poser*».

<sup>43</sup> Così, in termini negativi dell'indennità, M. DE FRANCESCHI, *La sostituzione del bene «non conforme» al contratto di vendita (a proposito di C. giust. CE 17 aprile 2008, C-404/06)*, cit., p. 581.

<sup>44</sup> Così A. LEPAGE, *Les paradoxes du formalisme informatif*, cit., p. 617.

<sup>45</sup> Cfr. A. LEPAGE, *op. loc. ult. cit.*

*nullité sans grief*, si dice (specialmente allorché la sanzione invalidante comminata non si commisura per nulla al veniale vizio di forma excepto)<sup>46</sup>; *pondération des situations in concreto* (se c'è così modo di ovviare al paradosso di un formalismo informativo fatto valere come strumento *anticontractuel*)<sup>47</sup>; *forme de protection en juste mesure* (che significa imputazione di responsabilità al professionista solo quando se ne accerti previamente la patente malafede o la grave negligenza)<sup>48</sup>; *caractère facultatif*, per finire, «*de la sanction des règles de forme*»<sup>49</sup>: che vuol dire discrezionalità giudiziale nell'azionabilità dei rimedi conseguenti al mancato rispetto del formalismo informativo, onde evitare una compromissione patente delle regole che governano la circolazione giuridica dei beni.

Nel caso qui descritto si possono, invece, utilmente invocare -come avverte del resto la Corte- la disciplina dell'ingiustificato arricchimento (rilevante alla stregua di un'indennità per l'uso)<sup>50</sup> e del risarcimento dei danni (quanto all'indennità per l'usura), perché l'una e l'altra normativa si mostrano compiutamente idonee ad orientare il declinarsi del formalismo informativo in un'accezione che trascende la rozza opposizione astratta professionista/consumatore. Non sempre infatti il consumatore, che lamenti *in executivis* una pregressa irregolarità formale, è la «*victime toute désignée des menigances*» del professionista<sup>51</sup>: se è vero ch'egli si può pure presentare, come nell'ipotesi qui illustrata, nella veste di un'acquirente che recede sì *legittimamente* dopo undici mesi, dalla stipula del contratto, ma trascorsi facendo operoso uso della *res tradita*. Che significa, non v'è chi non lo veda, accaparrare *seu* introitare utilità «a spese della controparte»<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> V., in special modo, S. PIEDELIÈVRE, *Droit de la consommation*, Paris, 2008, 61; Y. ROUQUET, *Sanction du non respect des formalités du cautionnement*, in *D.*, 2006, 808; X. LAGARDE, *Office du juge*, in *JCP. La semaine juridique*, 2009, 32 e, da ultimo, a S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione ?*, in *Contratti.*, 2009, 1044 ss.

<sup>47</sup> Così G. ROUHETTE, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, in *Études offertes à René Rodière*, Paris, 1981, 247 ss.

<sup>48</sup> E' l'emblematico argomentare di J. MESTRE, *Obs.*, in *RTD civ.*, 1998, 365.

<sup>49</sup> Così A. LEPAGE, *Les paradoxes du formalisme informatif*, cit., p. 619 e C. OUERDANE - AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, *Daloz*, 2002, n. 215 s.

<sup>50</sup> Che poi è l'interpretazione caldeggiata, a margine del caso *Quelle*, da S. HERRLER - L. TOMASIC, *Keine Nutzungsersatzpflicht im Fall der Neulieferung*, in *BB*, 2008, 1245 (con esplicito richiamo al combinato disposto dei §§ 346, 3 co. e 818 ss. BGB).

<sup>51</sup> L'espressione si legge in D. MAZEAUD, *L'endettement des acquéreurs*, in *RD imm.*, 1995, 641 s.

<sup>52</sup> Così G. D'AMICO, *Il recesso ad nutum tra buona fede e abuso del diritto*, cit., p. 21 s.

Dire, come suggerisce la Corte, che l'indennità è sì ammissibile quando l'uso contravviene ai principi della buona fede o dell'arricchimento senza causa, purché però non venga pregiudicata «l'effettività del diritto di recesso», è esatto ma troppo indeterminato. Un recesso a *costo zero*, nonostante la primitiva consegna del bene sia risultata per più mesi soddisfacente, offusca anziché assecondare lo *scopo* attributivo del rimedio. A tacer del fatto che, così ragionando, non si «esalta [certo] il valore economico dell'affare»<sup>53</sup>.

Di qui, allora, lo spunto per un discorso che, in queste pagine, si può solo abbozzare: non è che l'attribuzione patrimoniale originata da un valido ed efficace atto di recesso può però rivelarsi, *in più di una circostanza*<sup>54</sup>, carente di una propria giustificazione, tanto che il conseguente arricchimento del consumatore recedente finisca per mostrarsi come sprovvisto di una *iusta causa*? In soccorso di un siffatto argomentare, che ha comunque dalla sua un precedente illustre<sup>55</sup>, potrebbe invocarsi la teorica del cd. arricchimento indiretto, cioè prodotto da una vicenda particolarmente complessa. Riguardo a questo tipo di fattispecie la migliore dottrina ha, invero, mostrato sempre di voler distinguere tra il fatto (o il negozio) idoneo a determinare l'attribuzione (cioè il titolo) ed un secondo requisito necessario, invece, alla giustificazione degli effetti<sup>56</sup>. Orbene, qui la fattispecie -contratto, abuso del consumatore e recesso- è indubbiamente complessa: perciò potrebbe sostenersi che la condizione del professionista impoverito risulta meritevole di una distinta tutela nei riguardi del consumatore arricchitosi giacché, pur vantando costui una «legittimazione formale nei riguardi dell'incremento ricevuto»<sup>57</sup>, per il fatto dell'abuso si *annulla* la «specificità» ed intrinseca «ragione» che costui poteva eccepire, nei confronti del professionista impoverito, per conservare il suddetto arricchimento.

L'alternativa, ovviamente, è declassare la vicenda ad un arricchimento *occasione iuris*, irripetibile stante il suo palesarsi come un effetto indiretto dell'agire negligente del professionista: ma vi osta

<sup>53</sup> E' la fine osservazione di G. VETTORI, *I rimedi di 'terza generazione'*, in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 259.

<sup>54</sup> V. *infra*, § 8 (testo e note).

<sup>55</sup> V., in particolare, P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti tra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 14 ss. e 22 - 24.

<sup>56</sup> Cfr., in luogo di tanti, A. TRABUCCHI, *Arricchimento (azione di)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1959, 67 s.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. III, Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano, 1954, 145 e, soprattutto, U. BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 9, T. I, Torino, 2 ed., 2002, 990 - 992.

<sup>57</sup> Così A. TRABUCCHI, *Arricchimento (azione di)*, cit., p. 68.





la circostanza che la libertà di arricchimento, per chi muove dall'assunto che «ogni situazione giuridica [ha] una [sua] fisionomia caratteristica»<sup>58</sup>, sempre si arresta alla porzione di utilità spettante *ex lege* ad un altro soggetto. Ed il fatto che il dato normativo comunitario -v. art 6, nn. 1 e 2 dir. 97/7<sup>59</sup>- si presti ad interpretazioni divergenti non può certo rappresentare di per sé un motivo aggiunto di controvertibilità della lettura testé suggerita.

### 5. Forma informativa, effetti economici del recesso e la valenza integrativa/correttiva del diritto comune.

E' facile comprendere, naturalmente, in quale altro modo si possa motivare, con plausibile persuasività, una lettura denegativa dell'indennità d'uso. La trama argomentativa che scandisce il periodare delle *Conclusioni* depositate dall'Avvocato Generale rappresenta, in tal senso, l'esemplificazione più rigorosa che si possa dare di un siffatto intendimento.

Indubbiamente è corretto muovere dalla constatazione che un palesarsi del recesso come rimedio efficace ed effettivo postula il previo scrutinio degli effetti «economici [che sono] connessi al suo esercizio»<sup>60</sup>. In quest'ottica, ragionando in termini di interpretazione teleologica, ha un senso affermare che il fatto di imputare, al consumatore non compiutamente informato, degli *oneri aggiuntivi*, avrebbe l'effetto di compromettere il suo diritto di recesso. Invero, se il beneficio di una tutela maggiore dipende da un fatto originato dalla negligenza del professionista, non è pensabile poi che il consumatore, per giovarsene, debba contestualmente versare un corrispettivo. In questi termini non c'è dubbio alcuno che l'incondizionata previsione o la pattuizione, anticipata ed insindacabile, di un'indennità d'uso rileverebbe alla stregua di un *prezzo* per il recesso. Con tutto quello che ne consegue, è evidente, nella prospettiva di una rappresentazione del medesimo come rimedio -o diritto- a carattere puramente

formale: un *droit payant*, com'è stato scritto<sup>61</sup>. Ma c'è il fatto, volendo subito replicare, che chi mostra di ragionare in questi termini, essendo questione di condotte contrattuali che si «riflettono sul mercato»<sup>62</sup>, trascura di considerare due obiezioni, entrambe di non poco conto.

*La prima.* Vero che l'articolato normativo comunitario -art. 6, 2 co. dir. 97/7/CE- contempla una nozione di spese, plausibilmente comprensiva di quelle dirette ed indirette; e vero pure che, per controbattere all'abuso di un consumatore, non è che si possa procedere ad una torsione della *littera legis* strumentale alla definizione (interpretativa) di una normativa più gravosa «per tutti i consumatori»<sup>63</sup>. Sennonché, muovendo dalla corretta premessa che la legislazione consumerista rileva alla stregua di un diritto secondo<sup>64</sup>, non si vede cosa osti, come pur incidentalmente si riconosce e la Corte poi corrobora<sup>65</sup>, a che il professionista possa agire «caso per caso» sulla scorta dei principi di diritto privato generale. Che, nella fattispecie descritta, significa contestare l'inesigibilità di *tutte* le utilità *estranee* al contenuto del diritto di recesso e domandare, per l'eventuale usura del bene, il risarcimento danni.

Opporre, ad uno svolgimento del diritto comune patrimoniale in funzione *integrativa/correttiva*, che non può dimidiarsi *ope interpretationis* un regime di tutela modellato esclusivamente sulla qualità subiettiva delle parti<sup>66</sup>, serve a ben poco: se è vero che lo scopo protettivo non risulta neanche intaccato allorché il consumatore lamenta un pregiudizio informativo soltanto nominale<sup>67</sup>. Che poi, si prenda nota, è il particolare, pur nell'ottica di un uso *non incompatibile con i principi del diritto civile*, sfuggito alla stessa Corte<sup>68</sup>. Non si può infatti dire che lo

<sup>61</sup> Così G. ROUSSET, *Droit de rétractation et vente à distance, un éclairage communautaire intéressant*, cit., p. 2168 e P. MENGOSZI, *Conclusioni* nella causa causa C-511/08 (*Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e V c. Heinrich Heine GmbH*), cit. §§ 43 - 45 (con testuali richiami alla Messner).

<sup>62</sup> Così G. OPPO, *Impresa e mercato*, in *Scritti giuridici*, VII, cit., p. 186.

<sup>63</sup> Cfr. V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, cit. § 94 (pure per la citazione successiva, §§ 90 - 93).

<sup>64</sup> V. per tutti C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 397 ss. In una diversa prospettiva, com'è notorio, M. LIBERTINI, *Alla ricerca del «diritto privato generale»* (*Appunti per una discussione*), in *Riv. dir. comm.*, 2006, 541 ss.

<sup>65</sup> Cfr. V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, cit. § 93.

<sup>66</sup> Del rilievo, talmente diffuso da rendere superflua ogni citazione, dà conto criticamente A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, cit., p. 575.

<sup>67</sup> Cfr. G. D'AMICO, *Formazione del contratto*, in *Enc. dir. Anali*, T 2, Milano, 2008, 583. V., poi, S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 34 ss.

<sup>68</sup> Che mostra di preferire l'argomento di un recesso esercitato «in piena libertà e senza alcuna pressione» (§ 23 della motiva-

<sup>58</sup> Cfr. U. BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 986 (nt. 43).

<sup>59</sup> L'espressione *spese dovute* si presta infatti, nelle varie versioni nazionali, ad (almeno) due interpretazioni. Se nella versione tedesca e francese è forte invero il sospetto che il rimborso al consumatore riguardi le *sole* spese eziologicamente connesse al recesso (*infolge* e *en raison de*), nella logica spagnola ed italiana l'idea di un nesso causale manca del tutto: il riferimento infatti è «semplicemente al consumatore che esercita il suo diritto di recesso». Così P. MENGOSZI, *Conclusioni*, cit. § 41.

<sup>60</sup> Così V. TRSTENYAK, *Conclusioni*, cit. §§ 86 ss. e CGE, 3 settembre 2009 (§§ 19 e 20). In dottrina v. pure le eleganti considerazioni di P. MANKOWSKI, *Beseitigungsrechte*, Tübingen, 2003, p. 893 e di V. AVENA-ROBARDET, *Faculté de rétractation dans les ventes à distance: entre illusion et réalité*, cit., p. 2161



speciale sistema di garanzia consumerista, ad abbinare *forma di protezione ed abuso del diritto*, ne esca disarticolato. Invero, se la ragione che ha indotto il legislatore a proceduralizzare la vendita a distanza, sta tutta nell'assicurare, per il tramite di un formalismo informativo rigoroso, la *lucidité* della volontà di obbligarsi<sup>69</sup>, non si vede *per quale ragione* dovrebbe eccepirsi una carenza informativa quando lo scopo del formalismo non viene in gioco stante il mancato violarsi della sua *ratio*. Semmai, giova evidenziarlo, c'è il rischio, ad escludere che il professionista possa reclamare una qualsiasi indennità, che si instauri un immotivato squilibrio ai suoi danni: il che, oltre a produrre l'effetto perverso di disincentivare i fornitori dall'operare nel settore della contrattazione a distanza, cozza con l'esigenza, già richiamata, di un'intrinseca ragionevolezza dell'apparato remediale consumerista<sup>70</sup>. Che, si badi, un'indennità proporzionale al prezzo iniziale (del bene) ed alla durata (del suo utilizzo) pare invece garantire al meglio.

Prima conclusione: che l'abuso del diritto, in quanto *geeignete Maßnahme zum Schutz des Verbrauchers*<sup>71</sup>, presenti allora l'attitudine a coniare una *Beschränkung des Widerrufsrechts*?

## 6. Seconda obiezione, non meno *tranchant*.

Per chi non dovesse trovare soddisfacente il tritico forma di protezione/abuso del diritto/ingiustificato arricchimento, è suggeribile un'altra tecnica che si mostri comunque idonea a governare quanto fin qui è andato sotto il nome di *paradossi* del formalismo informativo?

A tutta prima sembra che questa seconda tecnica si possa plausibilmente sostanziare o risolvere nella regola di buona fede oggettiva: ma, si badi, maneggiandola non nella maniera ornamentale che ne ha fatto la Corte, bensì nelle versioni che ha provveduto a declinare, nell'ultimo trentennio, quella raffinata dottrina italiana propensa a vedere nella *bona fides* interpretativa dell'art. 1366 c.c. vuoi un criterio

zione). Per un'attenta rimeditazione del problema v., in luogo di tanti, G. D'AMICO, *Formazione del contratto*, cit., p. 588 ss.

<sup>69</sup> V., in tal senso, G. D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 738 e 744 e S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione*, cit., p. 1044 e 1052.

<sup>70</sup> Sul fatto che la tutela del consumatore incontra, comunque, i limiti delle «esigenze del mercato e della contrattazione imprenditoriale», v. emblematicamente G. OPPO, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, cit., p. 49.

<sup>71</sup> La terminologia, seppur in una diversa prospettiva, è di P. MANKOWSKI, *Die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle von Erlöschentatbeständen für verbraucherschützende Widerrufsrechte*, cit., p. 1143.

«bilaterale e qualitativo... perché implicante un giudizio di relazione»<sup>72</sup>, tra due interessi, vuoi un canone deputato a dischiudere tutte le conseguenze che sono immanenti alla regola contrattuale (in quanto iscritte nell'«intrinseca razionalità dell'operazione voluta dalle parti»<sup>73</sup>.

Della prima teoria, seppur nella prospettiva assai discussa di una buona fede con funzione correttiva, giova qui il riferimento ch'essa fa ad un atteggiarsi del bilanciamento d'interessi su di un parametro di potiorietà che non è «sempre e soltanto» da riferire a quello «astrattamente privilegiato da una norma di stretto diritto». E' vero che questa dottrina declina l'art. 1366 c.c. nel senso di assoggettare il contratto, che abbia ottemperato ad un giudizio di validità *stricto iure*, ad un sindacato posteriore di rilevanza *ex fide bona* condotto sulla scorta di un giudizio di meritevolezza civil-costituzionale (artt. 2 Cost. e 1322, 2 co., c.c.). Ma è tutto da verificare che, in fattispecie similari a quella descritta, la *qualitas* degli interessi confliggenti riservi una valutazione di esclusiva meritevolezza alla condizione del consumatore<sup>74</sup>. Che, si prenda nota, è *sleale* se recede senza che il suo pregresso comportamento operoso abbia lasciato trasparire, per ben *otto* mesi, la minima censura sul funzionamento del bene. A ragionare diversamente si incorre nel difetto (paradossale) di riconoscere *a questo consumatore* una condizione *migliore* di quella riservata a chi concluda l'acquisto al cospetto del professionista. Come la Corte, di altro avviso sì rispetto alle *Conclusioni* dell'Avvocato generale ma non troppo, avrebbe ben potuto rilevare<sup>75</sup>. D'altronde se è ad una «valutazione *ex fide bona* degli interessi in gioco»<sup>76</sup> che si af-

<sup>72</sup> Il riferimento, va da sé, è al denso argomentare, espresso in più di un'opera, di L. BIGLIAZZI GERI. La citazione è tratta dallo scritto suo che, *ratione materiae*, è forse il più emblematico: *L'interpretazione*, Milano, 1994, 160. Da ultimo una convincente disamina del problema si legge in V. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino, 2008, 221 ss. e 275 ss.

<sup>73</sup> Così -notoriamente- G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 281 ss. Successivamente, per una rimeditazione complessiva dell'art. 1366, v. la lucida revisione critica di C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 352 ss.

<sup>74</sup> Come pare credere V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, cit. § 86.

<sup>75</sup> Ma, significativamente, la Corte non parla mai di *abuso* e contempla la previsione dell'indennità come un'eccezione soggetta alla «condizione che non venga pregiudicato il fine della... direttiva» (§ 29).

<sup>76</sup> Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Art. 1469-bis co. 1, c.c. Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, ora in L. BIGLIAZZI GERI, *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Scritti giuridici*, Milano, 1998, 1238 e, prima ancora, 1237 per il significativo rilievo che «un'interpretazione secondo buona fede costituisce il risultato di un complesso procedimento, di un iter articolato che, passando attraverso fasi dinamiche... e statiche, ... non può ovviamente ignorare ... l'elemento che sta a monte



fida un «controllo sulle modalità dell'agire»<sup>77</sup>, quali sarebbero le ragioni ostative ad intendere le disposizioni consumeristiche (artt. 65 e 66 c. cons.), secondo il lessico stipulativo di questa dottrina, come norme di *stricto iure*, da assoggettarsi perciò ad una interpretazione finale?

Dalla seconda impostazione, che più convince, si può invece trarre il riferimento costantemente fatto ad un utilizzo della buona fede come criterio che implementa la regola negoziale del *set* di conseguenze giudicabili come costitutivamente ancillari *seu* conformi alla *lex contractus*. Se infatti si muove dall'assunto (corretto) che il disposto dell'art. 1366 c.c. operi *entro* i limiti di quanto si ricava dal contratto nel suo complesso come operazione economica<sup>78</sup>, si ottiene un risultato comunque di rilievo. Visto che ogni rapporto di scambio a distanza è pur sempre un'operazione economica, interpretarlo *ex fide bona* ha invero il preciso significato di importare la corresponsione di *quel* controvalore che appaia conforme -leggi congruo- al contenuto ed alle modalità del contratto concluso. In questa prospettiva un'equa indennità d'uso si può mostrare come un *costo funzionale giustificato* allorché salvaguarda, senza frustrare lo scopo del contratto, in *eguale misura* l'interesse di entrambe le parti.

Certo, residua il rilievo, già opposto per la verità dalla Corte di giustizia<sup>79</sup>, secondo cui la configurabilità di una pretesa del venditore/professionista all'indennizzo, nella misura in cui implementa il tasso di litigiosità *inter partes*, avrà l'effetto di compromettere la risoluzione stragiudiziale di questo genere di controversie<sup>80</sup>. Ma non è un'obiezione di grande spessore visto quanto sbrigativamente accantona il vero dato fattuale di rilievo: essendo evidente la *scorrettezza procedurale in executivis* di cui si rende responsabile ogni consumatore che acquisti un bene, lucri il godimento e poi receda dal contratto. Tra l'altro se si vuole che il riferimento, insistito in ogni lettura dell'art. 1366, ad una *valutazione complessiva e concreta* della condotta contrattuale delle parti, abbia davvero un senso, bisogna per vero riconoscere che l'oggetto del sindacato giudiziale sempre è destinato ad appuntarsi, in vi-

cende come quella in epigrafe, sulla *censurabilità o meno* delle modalità che fanno da corona od accompagnano l'esercizio del recesso.

Insomma, sarà pur vero che non può farsi questione di un precludersi del recesso per il semplice fatto, insorto il vizio, che il consumatore abbia utilizzato la *res* (art. 1492, 3 co., c.c.). Gli è, però, che non pare presentarsi come un assetto di interessi conforme a buona fede quello che dovesse permettere al consumatore, *seppur non correttamente informato*<sup>81</sup>, di profittare di un lucro conseguito slealmente (art. 1375 c.c.). Di qui la prospettazione di un'indennità, a mo' di *bémol*, stante la circostanza che un *droit de repentir* «*l'on peut ne pas vouloir totalement discrétionnaire*»<sup>82</sup>. O, se si preferisce un linguaggio non metaforico, perché la «lealtà delle operazioni commerciali» postula indefettibilmente un «giusto equilibrio» tra la tutela del consumatore e le modalità con le quali costui la esercita<sup>83</sup>.

### 7. Segue: gli usi *ex fide bona* del formalismo informativo.

Ebbene, *rebus sic stantibus*, si può plausibilmente affermare che pure a governare il formalismo informativo tramite il principio di buona fede oggettiva, si ottiene più di un effetto vantaggioso. Basta, d'altronde, scorrere l'elenco che segue per constatarlo.

Sostenere che la singola irregolarità formale non pregiudica, ove risulti ch'essa non ha vulnerato il consumatore, significa infatti

-assecondare lo scopo di protezione preventiva del consumatore, certo da preferirsi ad una inefficiente «*protection a posteriori du consentement*»<sup>84</sup>, senza però ch'esso trascorra o debordi nel paradosso di garantire chi, non potendo addurre una parzialità informativa che abbia davvero inciso sul suo consenso, non è stato pregiudicato. Diversamente, si faccia attenzione, la cd. forma di protezione si converte in una *forma sanzione*, per di più a titolo di *responsabilità oggettiva*, per il professionista<sup>85</sup>. In

(il diritto) e il modo nel quale il diritto è stato esercitato» (corrispo aggiunto).

<sup>77</sup> Così G. D'AMICO, *Il recesso ad nutum tra buona fede e abuso del diritto*, cit., p. 26.

<sup>78</sup> V., in luogo di tanti, C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., p. 288 ss., 334 ss., 368 ss., 430 e, di recente, per una lucidissima sintesi, G. VETTORI, *I rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit., p. 238 s.

<sup>79</sup> V. C. giust. CE, 17 aprile 2008, causa C-404/06, cit. § 34.

<sup>80</sup> Insistono su questo argomento, pur se con esplicito riferimento al caso *Quelle*, S. HERRLER - L. TOMASIC, *Keine Nutzungersatzpflicht im Fall der Neulieferung*, cit., p. 1245.

<sup>81</sup> *Contra* O. DAMM, *Anmerkung*, cit., p. 746.

<sup>82</sup> Così V. AVENA-ROBARDET, *Faculté de rétractation dans les ventes à distance: entre illusion et réalité*, cit., p. 2161 e, ma non sempre in modo del tutto congruente, G. ROUSSET, *Droit de rétractation et vente à distance, un éclairage communautaire intéressant*, cit., p. 2168.

<sup>83</sup> Così, significativamente, l'Avvocato Generale Poiarés Maduro, *Conclusioni* nella causa C-412/06 *Hamilton c. Volksbank Filder eG* (§ 27).

<sup>84</sup> Per il tramite, s'intende, dell'annullabilità. La citazione è tratta da J. CALAIS AULOY, *L'influence du droit de la consommation*, cit., p. 240.

<sup>85</sup> Di un nitido «*enforcement* di tipo sanzionatorio» ragiona S. MAZZAMUTO, *La multiproprietà*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e Mazzamuto, Milano, 2007, II,



soccorso dell'interprete, chiamato a maneggiare concetti contraddistinti da un alto tasso di vischiosità, possono venire, all'occorrenza, gli elementi, tratti dalla fattispecie concreta, della natura del bene acquistato (spesso esposto ad una rapida obsolescenza) e della durata del periodo di utile impiego del medesimo<sup>86</sup>. Né si dica che un siffatto argomentare incappa nel difetto di far diventare monca la particolare tutela «a fronte della situazione di mercato e della condizione del soggetto nel mercato»<sup>87</sup>. Anche a muovere dall'idea che, in uno scambio senza accordo, l'an della tutela di una parte non si allacci alla «ricerca della comune intenzione» ma si leghi alla «disciplina legislativa del mercato»<sup>88</sup>, con l'annessa irretrocedibilità allora delle utilità interinali, poco cambierebbe. Seppure dovesse risultare il regime giuridico del mercato a definire il *quantum* di autonomia riservato ad ogni professionista, c'è da dubitare alquanto che, nella griglia di protezione normativa approntata per l'insieme di «scopi ed interessi» del consumatore, abbia modo di trovare un legittimo titolo di iscrizione il fatto di un *prolungato* uso *gratuito* della merce. Gli è che quell'interesse del mercato a «spersonalizzare i rapporti» che ha fatto parlare di uno scarnificarsi della compravendita telematica «in atto di scelta, solitario e puntuale»<sup>89</sup>, pare piuttosto lasciare intravedere, quand'è questione di un risparmio di spesa per il consumatore *accipiens*<sup>90</sup>, un riemergere dell'individualità dell'agire in guisa di una *tutela differenziata*. Il vantaggio è quello di correggere un risultato che sarebbe «lesivo» della stessa forma informativa come criterio di *misura* del singolo rapporto contrattuale<sup>91</sup>.

99. V. anche S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 40 s.

<sup>86</sup> Sull'obsolescenza della *res* -«*technische bzw. modische Veralterung*»- v. B. GSELL, *Nutzungsentschädigung bei kaufrechtlicher Nacherfüllung ?*, in *NjW*, 2003, 1969 ss., 1972 s.

<sup>87</sup> Così, ma criticamente, G. OPPO, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, cit., p. 45.

<sup>88</sup> Cfr. N. IRTI, *Testo e contesto*, cit., p. 82.

<sup>89</sup> Così N. IRTI, *Testo e contesto*, cit., p. 81.

<sup>90</sup> Su questa nozione di arricchimento v. E. MOSCATI, *L'arricchimento senza causa*, in *Fonti legali e fonti «private» delle obbligazioni*, Padova, 1999, 258. Per un insistito richiamo ad una «valutazione... di buona fede della condotta di entrambi i contraenti», v. G. OPPO, *Osservazioni*, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, a cura di L. Ferroni, Napoli, 2002, 16.

<sup>91</sup> Onde evitare, come ammoniva tempo addietro chi di forma e formalismi era un fine conoscitore (v. D. BARBERO, *A proposito della forma negli atti giuridici (l'efficacia del testamento olografo nonostante l'incompletezza della data)*, in *Jus*, 1940, 451), che il contrasto si radicalizzi fra «logicisti senza sostanza e sostanzialisti con poca logica». Il distinguo tra il titolo «alla tutela o ad una tutela», seppur con riguardo alla vessatorietà di una clausola tra professionisti, è già, per altro, in G. OPPO, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, cit., p. 50. La citazione nel testo è invece tratta da M. FRANZONI, *La*

Non solo. Volendo proseguire nel catalogo intrapreso, pare corretto dire che immaginare un atto di consumo oggetto, al pari di qualsiasi altro contratto, di una «valutazione complessiva e finale»<sup>92</sup> significa

-delineare orientativamente la latitudine applicativa del diritto patrimoniale comune. Perché può ben essere ch'esso non intacchi il corpo del diritto secondo, se ciò osta alla tutela del consumatore. Com'è accaduto, volendo fare un esempio, in quel celebre caso francese ove si discuteva sull'irregolarità informativa dell'offerta *préalable* di un credito immobiliare (art. L. 312 - 8 c. *consomm.*): fattispecie sanzionabile con la decadenza dal diritto agli interessi e, ove si fosse fatto ricorso al diritto comune, con la nullità dell'intero contratto<sup>93</sup>. Il che, però, avrebbe evidentemente nociuto agli interessi del consumatore, se è vero che l'estinzione del contratto -*seu* la sua inefficacia originaria- importa l'obbligo, per il consumatore, di restituire l'intera somma mutuata maggiorata degli interessi. Con un correlato effetto dissuasivo -ad eccepire il vizio- che pure la CGE ha, per la verità, percepito -v. *Schulte*-<sup>94</sup> ma senza valorizzarlo, in una prospettiva remediale, adeguatamente.

Per finire, ragionare in termini di bilanciamento di interessi significa, senza tante circonlocuzioni,

-neutralizzare quelle audaci interpretazioni giurisprudenziali<sup>95</sup>, rigide nel riconoscere alla forma di

*responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *La responsabilità civile*, 2006, 295 ss.

<sup>92</sup> Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione*, cit., p. 159 e 164. Sull'assoggettarsi dei contratti *b2c* alle regole di interpretazione soggettiva, «con l'aggiunta dell'art. 1366», v., per tutti, C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in *I contratti in generale*<sup>2</sup>, a cura di E. Gabrielli, Torino, 2006, 1128.

<sup>93</sup> Il vivace dibattito giurisprudenziale è segnato dalle contrapposte Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 luglio 1994, in *D.*, 1995, *somm.*, 314, *obs.* J. P. PIZZIO e Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 marzo 1999, in *D.*, 2000, *somm.*, 50, *obs.* J. P. PIZZIO. In dottrina, *inter alios*, v. almeno, tutti con accenti critici verso l'idea del cumulo, D. MAZEAUD, *Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ?*, in *Études de droit de la consommation*, cit., p. 703 e S. PIEDELIÈVRE, *Remarques sur les sanctions civiles dans les dispositions relatives à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier*, in *JCP*, 1995, *doctr.*, 889.

<sup>94</sup> V. R. ALESSI, *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit., II, p. 407 e S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 97 - 107. Da notare che l'Avvocato Generale Léger, *Conclusioni*, pur riconoscendo l'obbligo per il mutuatario di versare gli interessi (§§ 71 e 72), escluse poi che la fattispecie si prestasse ad una esigibilità degli interessi di mora fino a quando la banca - mutuante non avesse adempiuto ai propri obblighi (§§ 75 e ss.).

<sup>95</sup> Per citare il qualificativo che più ricorre nella dottrina d'Oltralpe. Le altre espressioni che si incontrano sono *portée démesurée* del formalismo e conseguenze *nefastes à la sécurité juridique*: il catalogo è in A. LEPAGE, *Les paradoxes du formalisme informatif*, cit., p. 613 s.

protezione un'astratta connotazione «*formulaire*»<sup>96</sup>, che non contribuisce affatto a rinvigorire la tutela del consumatore. D'altronde, non è forse vero che le «esigenze della buona fede» sortiscono l'utile risultato di riconvertire «su un piano individuale»<sup>97</sup> quanto si è venuto a costituire come anonimo rapporto di consumo?

### 8. Intermezzo: l'ingiustificato arricchimento come effetto collaterale nei contratti conclusi fuori dei locali commerciali.

Uno dei primi commentatori ha addebitato la peculiarità argomentativa della sentenza *Messner* all'assoluta originalità della fattispecie presentatasi, adombrando di conseguenza l'idea che se ne possa così parcellizzare l'impatto sistematico<sup>98</sup>. Si è poi avuto cura di aggiungere che, se la consumatrice avesse invocato la direttiva 99/44 CE, buona parte delle questioni testé evidenziate non avrebbero costituito motivo di riflessione. Un computer portatile avente uno schermo difettoso non è, in effetti, idoneo all'uso cui sono destinati beni dello stesso tipo (art. 2, 2 c dir. 99/44; art. 129, 2 co., l. a c. cons.). E se è vero che la consumatrice non poteva avvalersi della presunzione di cui al § 476 del BGB (art. 132, 3 co., c. cons.), neppure va taciuta la circostanza che poteva comunque tornarle utile la garanzia annuale di cui all'art. 7, § 1 dir. 99/44 (v. art. 134, 2 co., c. cons.)<sup>99</sup>. Con archiviazione, di conseguenza, d'ogni altra (più complessa) problematica.

In realtà, pur se c'è del vero, oltre a mostrarsi riduttiva, non sembra che una lettura, oltre a mostrarsi riduttiva, si mostri davvero convincente.

E' facile infatti, spigolando tra le singole previsioni di legge, avvedersi della circostanza che il problema occasionato dalla vicenda *Messner* può ripresentarsi, pressoché *tale e quale*, ogni qual volta il consumatore benefici, a causa della parzialità informativa, di un procrastinarsi del termine per recedere dal contratto. D'altronde è una constatazione evidente: più il termine per esercitare il recesso è ampio o prolungato, più c'è modo, in questo lasso

di tempo, che il consumatore usi la merce, poi da restituire, in modo *fraudolento* o *eccessivo*. E, stando al dispositivo della *Heininger*, il termine non inizia a decorrere fin quando l'obbligazione informativa non è stata adempiuta.

Si pensi all'acquisto, effettuato in forza di un contratto stipulato fuori dei locali commerciali: visto che, in caso di omissione informativa, il termine per recedere è comunque prorogato, secondo la legge italiana, a sessanta giorni (art. 65 c. cons.), senza che il professionista, *in quello stesso periodo*, sia in alcun modo esonerato dall'adempimento, può ben accadere che il consumatore addivenga alla decisione di utilizzare transitoriamente la *res* consegnata.

Non solo: è un consumatore, quello che acquista ai sensi degli artt. 45-49 c. cons., che non versa nella condizione di non poter *tester* la cosa trasmessagli<sup>100</sup>; e d'altra parte -lo si è ricordato prima- un'indennità, sia pure nella veste di una obbligazione di interessi al tasso di mercato, è già stata ammessa dalla stessa Corte quando il contratto, retto dalla direttiva 85/577 CEE, recava la veste di un mutuo fondiario (C-350/03, *Schulte*)<sup>101</sup>. L'impressione allora, di là dall'applicazione analogica del principio di diritto espresso nella sentenza *Schulte*<sup>102</sup>, è che l'ingiustificato arricchimento, lungi dall'essere confinato in ipotesi residuali, può rivelarsi un rimedio carico di potenzialità applicative insospettabili.

### 9. Un ultimo approfondimento.

Le sequenze forma di protezione/abuso del diritto/ingiustificato arricchimento ovvero forma informativa/*bona fides* non sono, quindi, dei *faux amis*. Neanche se, in luogo dell'approccio suggerito, si dovesse sostenere che gli interessi economici del professionista - venditore sono già sufficientemente garantiti dal combinato disposto degli artt. 65 e 66 c. cons., senza dovergli riconoscere il diritto, nel restituire il prezzo, di decurtarlo di quanto reclamabile a titolo d'uso<sup>103</sup>. Che poi è l'assunto di chi, vista la

<sup>96</sup> Così X. LAGARDE, *Observations critiques sur la renaissance du formalisme*, in *JCP*, 1999, I, 170 ss., n. 15. Sulla trasparenza che diventa *chicane* v. pure S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, cit., p. 1042 - 1044.

<sup>97</sup> Così G. OPPO, *Impresa e mercato*, cit., p. 189 e, incisivamente, E. NAVARRETTA, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 177, riguardo alla circostanza che «il rapporto flessibile tra interessi e rimedi» rappresenta un metodo che «contribuisce ad affrontare l'attuale dimensione pluralistica della materia contrattuale».

<sup>98</sup> Così G. ROUSSET, *Droit de rétractation et vente à distance, un éclairage communautaire intéressant*, cit., p. 2168.

<sup>99</sup> Così G. PAISANT, *Obs.*, cit., p. 27 s.

<sup>100</sup> Cfr. G. PAISANT, *op. loc. ult. cit.*

<sup>101</sup> V. *supra* nt. 14. Gli artt. 5 e 7 della direttiva 85/577 ed il disposto dell'art. 66 c. cons. (relativamente al fatto che le parti sono sciolte dalle rispettive *obbligazioni derivanti dal contratto*) non offrono d'altro canto appigli affidabili per risolvere adeguatamente la questione circa l'*an* di un'indennità d'uso.

<sup>102</sup> Contestabile, per vero, con l'argomento che trattasi di contratti diversi, retti da norme comunitarie differenti e, non da ultimo, col rilievo che il legislatore europeo potrebbe aver preferito riservare «una tutela più elevata» al solo consumatore che stipula a distanza: v., ad esempio, P. MENGOZZI, *Conclusioni*, cit. § 61.

<sup>103</sup> Per un esile (e controvertibile) appiglio interpretativo, v. C. giust.CE, 22 aprile 1999, causa C-423/97, *Travel Vac SL c. Sanchis*, in *Racc.*, 1999, I-2195, (sulla contrarietà alla direttiva



negligenza informativa del professionista, spiega tutto osservando che, se il consumatore fosse stato *tempestivamente* informato, avrebbe evitato di usare il bene «*trop longtemps*» ed in un modo «*somme tout non indispensable*»<sup>104</sup>. Un siffatto modo di argomentare è, invero, semplicistico giacché, nel mentre procede ad identificare «meccanicamente i ruoli di parte debole e parte forte»<sup>105</sup>, incorre pure nell'istintiva replica che, in un'ottica di sistema, il riduzionismo della legislazione consumerista non contempla l'impovertirsi o l'azzeramento del comparto di regole (prime) incentrate sul principio di autoresponsabilità. A tacer poi, sia detto per inciso, del fatto che, seppure nel corpo della direttiva 99/44 (15 *Considerando*), il diritto comunitario conosce già una figura di rimborso -al consumatore- riducibile in considerazione dell'uso che costui abbia fatto della *res* dal momento della consegna. E la circostanza che una siffatta riduzione sia da riferire esclusivamente, nell'interpretazione offertane dalla CGE<sup>106</sup>, all'ipotesi della risoluzione del contratto (art. 130, 8 co., c. cons.), lungi dal fiaccare, evidentemente corrobora il convincimento che un recesso *sia assoggettabile* al rifondere il controvalore delle utilità *certe* che il consumatore abbia tratto dalla *res*. Tanto più che il bene, usato e poi restituito, non potrà più essere presentato al pubblico come nuovo.

Altrove, con uno diverso strumentario concettuale, si ipotizza una riscrittura dei rimedi in vista di un *formalismo attenuato*<sup>107</sup>. L'espressione ricorda, è da credere del tutto inconsapevolmente, la distinzione binaria tra un formalismo *assoluto*, spoglio di ogni sostanza, ed un formalismo *relativo*, attento all'individualità delle situazioni contingenti<sup>108</sup>. Quelle stesse individualità che la Corte, significativamente, sembra adombrare quando rimette al giudice nazionale il potere/dovere di sentenziare sulla fattispecie concreta «tenendo debitamente conto di tutte le sue particolarità»<sup>109</sup>.

85/577/CEE della clausola che imponga al consumatore il pagamento di un'indennità forfettaria per i danni cagionati al professionista a seguito del recesso). Al rischio che il principio di *Treu und Glauben* ed il richiamo alle norme sull'*ungerechtfertigte Bereicherung* alimentino un dibattito inutile e vischioso, allude O. DAMM, *Anmerkung*, cit., p. 746.

<sup>104</sup> Così G. PAISANT, *Obs.*, cit., p. 28.

<sup>105</sup> Cfr. G. OPPO, *Osservazioni*, cit., p. 16.

<sup>106</sup> V. C. giust. CE, 17 aprile 2008, causa C-404/06, cit. § 39. In dottrina E. POILLOT e N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Obs.*, in *D.*, 2009, *Pan.*, 293.

<sup>107</sup> Di un vaglio del comportamento dell'*appauvri* che va condotto *cas par cas* ragiona G. PAISANT, *Obs.*, cit., p. 28.

<sup>108</sup> Ove le «parole diventano davvero l'espressione logica di ragionevoli cose»: così D. BARBERO, *A proposito della forma negli atti giuridici (l'efficacia del testamento olografo nonostante l'incompletezza della data)*, cit., p. 451.

<sup>109</sup> Così CGE, 3 settembre 2009, cit. (§ 28). Meglio si legge in G. OPPO, *Contratto e mercato*, cit., p. 195 riguardo all'insopprimibile esigenza che il nuovo diritto dei contratti pone circa

Sono diversi i vocaboli ma, si faccia attenzione, non il modo di vedere e declinare il problema. Se è infatti una *species* di arricchimento pure quella che origina dal prodursi di un impedimento al sorgere di un obbligo restitutorio o al materializzarsi di una perdita<sup>110</sup>, va da sé che, ove questo impedimento sia rappresentato da un'interpretazione amplificante o immotivatamente letterale del formalismo, bisognerà orientarsi per il significato che consente di riscrivere in una dimensione di *ragionevolezza* lo standard di tutela del consumatore. Senza che il formalismo degradi ad una sorta di *passee-droit*<sup>111</sup> per chi agisce in malafede.

## 10. Postilla: la proposta di direttiva sui diritti dei consumatori.

Se si volesse accostare il *dictum* della Corte di giustizia alla Proposta di direttiva dell'8 ottobre 2008, relativa ai diritti dei consumatori e destinata ad abrogare l'articolato della 97/7, si potrebbe avere la percezione di un quadro normativo ancora ambigualmente *in itinere*. Stando infatti alla lettera dell'art. 17, § 2, rubricato 'Obblighi del consumatore nel caso di recesso', il consumatore a distanza è responsabile unicamente del deprezzamento del bene ove lo abbia manipolato oltre quanto resosi necessario per accertare valore e buon funzionamento del medesimo. Se ne ricava, almeno a detta di un autore, che il consumatore deve unicamente *manipuler o essayer la res «d'une manière qui lui serait également permise en magasin»*<sup>112</sup>. Sempre che, come si aggiunge, quel consumatore sia stato però «*correctement*» informato sul proprio diritto di pentirsi: giacché se è stata omessa, in tutto o in parte, l'informativa di cui all'art. 9, 1 b), egli non è responsabile per la diminuzione di valore. Quindi il

lo «stabilire chi è meritevole di tutela e fin dove può spingersi la tutela medesima». Per il riferimento all'*unità* dell'operazione economica C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., p. 459.

<sup>110</sup> Comunemente definita, sebbene l'espressione sia stata giudicata «in verità alquanto infelice ed enigmatica» (v. L. BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964, 315), arricchimento negativo. Per un richiamo alle regole di indebito oggettivo ovvero, ed in alternativa, comunque all'esigenza di «conteggiare a carico del compratore la diminuzione di valore della cosa», v. A. ZACCARIA, *Riflessioni circa l'attuazione della direttiva n. 1999/44/CE «su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo»*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2000, a cura di Patti, Milano, 2001, 169 s.

<sup>111</sup> L'espressione è di G. ROUSSET, *Droit de rétractation et vente à distance, un éclairage communautaire intéressant.*, cit., p. 2168.

<sup>112</sup> Così V. AVENA-ROBARDET, *Faculté de rétractation dans les ventes à distance: entre illusion et réalité*, cit., p. 2162 e G. PAISANT, *Obs.*, cit., p. 27 (che giudica ammissibile un *simple test*).

correttivo dell'arricchimento senza causa non è ammesso a svolgere alcuna funzione di temperamento.

Ora, a tacer del fatto che il diritto di recesso si estingue entro (e non oltre) un mese (o tre mesi: art. 13 della Proposta)<sup>113</sup> dal *pieno adempimento reciproco* del contratto -*Vertragserfüllung als zeitliche Grenze*- ov'anche il consumatore abbia ricevuto un'informativa errata *seu* incompleta<sup>114</sup>, residua un dubbio: non è che, col ritenere ammissibile un recesso a costo zero, attuato o minacciato al *solo scopo* di rivedere i termini dell'affare, i paradossi del formalismo informativo, se vale la sola lettera dell'art. 17, § 2, sono destinati a rimanere irrisolti?

Non è, ovviamente, la prospettiva auspicata da chi si rifiuta di pensare che il *correttivo* della Corte sia soltanto una *nuance* indotta dal contesto anomalo -*atypique*, com'anche è stato definito<sup>115</sup>- della vicenda. Ma è l'ipotesi, c'è da credere, di gran lunga più probabile.

<sup>113</sup> E *Considerando 27* della proposta. Critica, a tal riguardo, V. AVENA-ROBARDET, *op. loc. ult. cit.*

<sup>114</sup> V. C. giust. CE, 10 aprile 2008, causa C-412/06 *Hamilton c. Volksbank Filder eG*, causa C-412/06, relativa ad un contratto di mutuo, stipulato fuori dei locali commerciali, per finanziare l'acquisto di quote di un fondo immobiliare. La consumatrice, trascorsi quattro anni dal pieno adempimento del contratto, aveva provveduto ad esercitare il recesso (in quanto prima malamente informata dal professionista) e, di poi, domandato la restituzione degli interessi e del capitale corrisposto. Per un primo commento v., in particolare, P. MANKOWSKI, *Die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle von Erlöschentatbeständen für verbraucher-schützende Widerrufsrechte*, cit., p. 1141 ss.

<sup>115</sup> Così G. ROUSSET, *Droit de rétractation et vente à distance, un éclairage communautaire intéressant*, cit., p. 2168.