

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio 2-2006/A

Il diritto di recesso del consumatore in due recenti pronunce della Corte di Giustizia

Approvato dalla Commissione Affari Europei e Internazionali il 27 gennaio 2006

Con due sentenze del 25 ottobre 2005 (causa n. C-350/03 e causa n. C-229/04), la Corte di giustizia delle Comunità europee ha meglio delineato l'estensione e i contenuti della tutela del consumatore predisposta dalla direttiva 85/577/CEE (attuata in Italia con d.lgs. 15 gennaio 1992 n. 50, poi abrogato dal codice del consumo, adottato con d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, che ne riproduce sostanzialmente la disciplina) attraverso l'attribuzione di un diritto di recesso, esercitabile *ad nutum* nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali. In particolare, le pronunce in parola hanno specificato il campo oggettivo e materiale di applicazione della disciplina, e dunque la configurabilità, e le conseguenze dell'eventuale esercizio, del diritto di recesso, in riferimento a contratti collegati a diritti immobiliari, in principio espressamente esclusi dalla direttiva; dette pronunce hanno, inoltre, delineato, tenuto conto delle finalità sottese alla disciplina comunitaria, il concreto atteggiarsi della tutela del consumatore in relazione alle conseguenze negative derivanti da impegni assunti tra la stipula del contratto e l'esercizio del diritto di recesso, nel caso in cui il ritardo nel recesso sia da attribuire alla non corretta informazione in ordine a tale diritto.

Le sentenze in commento prendono le mosse da fattispecie concrete, entrambe verificatesi in Germania, nelle linee essenziali molto simili e concernenti la stipula, da parte di alcuni soggetti qualificabili come consumatori, di contratti di credito fondiario finalizzati a sovvenzionare investimenti finanziari più ampi, parte sostanziale dei quali consistente nell'acquisto di un bene immobile, e le cui trattative precontrattuali, tanto in relazione ai contratti di mutuo, quanto ai contratti di compravendita immobiliare, erano avvenute fuori dai locali commerciali.

Nello specifico, i soggetti in questione erano stati contattati nel proprio domi-

cilio da intermediari che proponevano loro l'acquisto, a scopo di investimento, di appartamenti - nel primo caso messi in vendita da una società che sistematicamente rilevava e rinnovava appartamenti vecchi, nell'altro dalla stessa società costruttrice - destinati ad essere affittati a terzi. Tali acquisti erano finanziati tramite mutuo, il cui importo avrebbe dovuto essere rimborsato mediante i proventi della locazione dell'immobile.

Nell'uno e nell'altro caso, prescindendo dalle specificità delle singole fattispecie, agli acquirenti/mutuatari era stato chiesto di aderire ad un sistema di gestione comune dei proventi della locazione, volto a garantire una ripartizione equa delle rendite di tutti gli appartamenti locati. Inoltre, in ragione delle restrizioni figuranti nella dichiarazione di ripartizione, gli alloggi non erano in pratica sfruttabili separatamente, essendo escluso ogni uso privato o affitto individuale.

In fattispecie così strutturate, la tutela del consumatore realizzata attraverso la possibilità di recedere dal contratto di mutuo non è stata avvertita come soddisfacente, in quanto il concreto esercizio del recesso risulta peggiorativo in termini economici della posizione della parte ritenuta contrattualmente debole.

Non ritenendo in ogni caso ipotizzabile distaccare all'esclusione, legalmente stabilita, dall'ambito materiale di applicazione della tutela del recesso dei contratti aventi ad oggetto diritti su beni immobili, la Corte di giustizia, pur non mancando di accogliere come di consuetudine le esigenze di tutela del consumatore, non ha percorso la strada all'apparenza più diretta, consistente nell'estensione degli effetti dell'esercizio del diritto di recesso operato in relazione al mutuo all'operazione economica nel suo complesso o nell'attribuzione, in ragione del particolare contesto in cui essa era inserita, di un conseguente diritto di recesso dalla compravendita immobiliare. I giudici di Lussemburgo hanno, infatti, atteso alle esigenze di tutela in concreto del consumatore per altra via, ovvero addossando alla banca mutuante le conseguenze svantaggiose derivate dalla non corretta informazione del consumatore in ordine al diritto di recesso.

Cenni generali sulla politica comunitaria di protezione dei consumatori

La direttiva sottoposta all'esame della Corte di giustizia nelle cause in commento si inserisce in una corposa normativa a tutela dei consumatori di matrice comunitaria, di cui costituisce uno dei primi provvedimenti.

L'attenzione delle istituzioni comunitarie per la materia ha iniziato a manifestarsi - ancor prima che nel trattato istitutivo di una Comunità, allora di matrice prevalentemente economica, fosse inserita una base giuridica *ad hoc* per l'adozione di azioni in tale ambito - attraverso l'elaborazione di programmi d'azione sulla protezione e informazione del consumatore ⁽¹⁾ e l'adozione di atti normativi volti al

perseguimento degli obiettivi in essi delineati. In assenza, come si diceva, di una specifica base giuridica tali atti sono stati adottati in forza dell'art. 308 (*ex* 235), dell'art. 94 (*ex* 100), o dell'art. 95 (*ex* 100 A) del Trattato CE. Una specifica base giuridica, costituita dall'art. 153 del Trattato CE, è stata successivamente introdotta dal Trattato di Maastricht (*ex* art. 129 A, poi modificato dal Trattato di Amsterdam), elevando la protezione dei consumatori a vera e propria politica comunitaria.

Le azioni comunitarie in tema di protezione dei consumatori sono state dirette fin dal principio al perseguimento di cinque obiettivi, e precisamente: la protezione della salute e della sicurezza; la protezione degli interessi economici; la consulenza, l'assistenza e il risarcimento dei danni; l'informazione e l'educazione; la consultazione e la rappresentanza dei consumatori. Gli atti via via adottati per il raggiungimento di tali scopi hanno avuto, per numero come per contenuto, una forte incidenza nella legislazione nazionale, nel cui ambito le discipline di attuazione delle normative comunitarie sono di recente prevalentemente confluite nel codice del consumo adottato con d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 ⁽²⁾.

Limitando l'indagine al secondo e al quarto obiettivo (in ordine di enunciazione), si riporta una veloce carrellata degli atti relativi alla protezione degli interessi economici da un lato, e all'informazione ed educazione dei consumatori dall'altro, finora adottati in ambito comunitario.

Nel primo settore rientrano, oltre alla direttiva in commento, le direttive 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; 1999/44/CE sui beni di consumo; 90/314/CEE sui viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso"; 94/47/CE in materia di multiproprietà; 97/7/CE sui contratti a distanza; 2000/31/CE in materia di commercio elettronico e 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

In ambito di informazione ed educazione dei consumatori, si segnalano, poi, le direttive in materia di indicazione dei prezzi e di etichettatura di svariati prodotti e, in particolare, in materia di pubblicità, le direttive 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole e comparativa (come modificata dalla direttiva 97/95/CE) e 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali.

Nel suo complesso e nella sua evoluzione, questa normativa ha predisposto alcuni degli strumenti necessari, ad avviso del legislatore comunitario, per porre rimedio alla diversa posizione di forza contrattuale in cui versano operatori commerciali professionali e consumatori (ovvero soggetti che agiscono nell'ambito della propria attività professionale e privati), e per garantire un'effettiva parità nelle trattative, non altrimenti assicurata nell'ambito del tradizionale sistema dell'irrelevanza della qualificazione economica delle parti del rapporto di cui sono corollari i dogmi dell'uguaglianza formale e dell'autonomia privata.

Nel più vasto ambito dei rapporti di consumo, hanno formato oggetto di speci-

fiche discipline i contratti connotati da particolari modalità di conclusione. Il riferimento riguarda essenzialmente i contratti negoziati fuori dai locali commerciali, di cui si discorre, e i contratti a distanza (o tra assenti), la cui peculiare attitudine all'esercizio dei rapporti commerciali transfrontalieri, con evidente vantaggio per il mercato interno, ha indotto il legislatore comunitario a predisporre una disciplina tale da incoraggiare gli operatori commerciali a realizzare investimenti e, allo stesso tempo, stimolare la fiducia dei consumatori, prevedendo adeguati mezzi di tutela ⁽³⁾.

La forma tipica attraverso la quale nei provvedimenti sopra menzionati si estrinseca la tutela del consumatore consiste nel diritto di recesso a suo favore, a cui si sono venuti ad affiancare sempre più pregnanti obblighi di informazione a carico del professionista, differentemente articolati nelle singole ipotesi. Costituendo la direttiva in questione uno dei primi atti in materia, la tutela del consumatore è imperniata sul diritto di recesso, esclusivamente in ordine al quale vige un obbligo informativo.

L'ambito di applicazione della disciplina sulla vendita fuori dai locali commerciali: la fattispecie della vendita a domicilio

Il diritto, attribuito dalla direttiva 85/577/CEE alla parte contrattuale rispondente alla qualifica di "consumatore", di recedere dai contratti di fornitura di beni o servizi da esso stipulati, opera, senza ulteriori condizioni, al verificarsi della seguente fattispecie: *a)* la controparte contrattuale deve essere un "commerciante", come definito dalla direttiva stessa; *b)* il contratto deve essere stato concluso nell'ambito di una fattispecie di vendita a domicilio; *c)* non deve rientrare in una delle categorie contrattuali espressamente escluse dalle normative nazionali sulla scorta delle indicazioni del legislatore comunitario.

Tralasciando l'ampio dibattito giurisprudenziale e dottrinario in merito alla qualificazione soggettiva dei contraenti ⁽⁴⁾, in questa sede si proverà, sulla base degli spunti forniti dalle sentenze in commento, ad approfondire gli altri due elementi caratterizzanti della fattispecie.

Non forma oggetto di specifica pronuncia della Corte nei casi in esame la questione attinente alle circostanze in presenza delle quali debba ritenersi ricorrere una situazione di vendita a domicilio: nel primo caso (causa C-350/03), infatti, l'accertamento circa la ricorrenza o meno di una fattispecie di vendita a domicilio in relazione ai fatti della causa principale, tralasciato dal giudice del rinvio, non è stato considerato dalla Corte elemento determinante ai fini della propria pronuncia dal momento che, qualora gli effetti giuridici del recesso dal contratto di mutuo da parte del consumatore fossero risultati equivalenti a quelli della risoluzione dello stesso

promossa dalla banca, tale accertamento sarebbe risultato irrilevante nel caso di specie; nella seconda causa (causa C-229/04), invece, non era stata direttamente contestata la circostanza che il contratto di mutuo fosse stato concluso in una situazione di vendita a domicilio, bensì l'imputabilità di tale situazione alla banca.

In ogni caso, sulla base della descrizione dei fatti delle cause principali riportate nelle sentenze, in entrambe le circostanze ricorreva una situazione in cui un intermediario aveva contattato i mutuatari nel loro domicilio proponendo un investimento finanziario volto all'acquisto di un immobile finanziato tramite un mutuo garantito da ipoteca; durante le ripetute visite nel loro domicilio da parte dell'intermediario, i mutuatari sarebbero, inoltre, stati informati sulla circostanza che l'investimento non avrebbe richiesto ulteriori spese in quanto il finanziamento doveva essere rimborsato mediante i proventi della locazione dell'immobile, in connessione con l'effetto di taluni benefici fiscali. Nel giro di un breve lasso di tempo, in date diverse, venivano stipulati i contratti di mutuo, sottoscritti davanti al notaio i contratti di compravendita e costituite con atto notarile le ipoteche.

Come accennato, la questione afferente alle circostanze in cui debba ritenersi ricorrere una fattispecie di vendita a domicilio è stata trattata nella causa C-229/04 solo in relazione alla presunta ricorrenza del presupposto soggettivo dell'imputabilità di tale situazione all'operatore commerciale; tuttavia, prima di soffermarsi su tale aspetto, si premette una breve analisi di carattere generale sulla fattispecie descritta dall'art. 1 della direttiva 85/577, come recepita nell'ordinamento nazionale dell'art. 45 d.lgs. n. 206/2005 ⁽⁵⁾. Lo scopo precipuo è quello di valutare se l'effettiva conclusione del contratto nei locali dell'operatore commerciale escluda di per sé la tutela del consumatore predisposta dalla direttiva, anche qualora durante la negoziazione si sia verificata una delle ipotesi normativamente contemplate; in particolar modo in riferimento ad un contratto di mutuo stipulato nei locali della banca in fattispecie come quelle descritte, oggetto delle cause principali.

In linea generale, la dottrina ha considerato l'elencazione dei casi relativi al campo di applicazione della disciplina come non esaustiva, ammettendo l'estensione dalla tutela del recesso ad ipotesi non espressamente previste ma rispondenti ad analoghe esigenze di protezione del consumatore ⁽⁶⁾. Nel far ciò l'interprete deve farsi guidare dalla *ratio* sottostante alla tutela accordata al consumatore nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali.

Appare evidente che il legislatore, nella predisposizione della disciplina in esame, abbia operato le sue scelte sulla base di valutazioni attinenti alla capacità, intrinseca a talune tecniche di vendita, di condizionare il processo di formazione della volontà del soggetto acquirente, in alcuni casi inducendolo a manifestare un consenso non realmente rispondente alle sue necessità. Le diverse ipotesi contemplate

dalla normativa comunitaria, come da quella nazionale, infatti, sono accomunate dalla circostanza che il consumatore non ha mostrato in alcun modo l'intenzione di voler contrattare ed è posto nell'impossibilità di raffronti sulla qualità e sul prezzo di prodotti simili. Tratto saliente delle fattispecie normative, dunque, è l'induzione all'acquisto da parte dell'operatore commerciale che, "intromettendosi" in momenti della vita privata del consumatore, fa leva sulla situazione di squilibrio psicologico in cui questo è indotto per il fatto di essere colto alla sprovvista e di dover comunque compiere una manifestazione di volontà nel senso di non voler concludere l'affare, invertendosi in tal modo il normale processo di formazione del consenso.

In tali circostanze il legislatore ha ritenuto opportuno un intervento volto a riequilibrare l'assetto contrattuale, altrimenti alterato, accordando al consumatore un periodo per meglio ponderare la convenienza del contratto ⁽⁷⁾.

Il giudizio circa la riconducibilità o meno di una fattispecie concreta nell'ambito della protezione accordata dalla direttiva andrà dunque valutata, al di là della ricorrenza di singole circostanze divergenti rispetto alle fattispecie legali, sulla base dei tre criteri sopra menzionati (iniziativa del commerciante; sorpresa del consumatore e impossibilità di confronto con altri beni e servizi). Sulla scorta di questo filone interpretativo, in dottrina è stata sostenuta l'applicazione del decreto "anche ai contratti conclusi all'interno dei locali commerciali purché negoziati fuori di essi" ⁽⁸⁾.

Tale interpretazione, seppure contraria alla lettera della norma (che parla di contratti "in qualunque forma conclusi, stipulati" in una delle situazioni successivamente elencate), tiene conto del fatto che il dato formale della stipula del contratto all'interno dei locali commerciali dell'operatore in taluni casi – in particolare quando tra le trattative precontrattuali e la conclusione del contratto sia trascorso un breve lasso di tempo - non esclude, qualora l'operatore abbia preso l'iniziativa della contrattazione e contattato il consumatore nei luoghi in cui esso svolge la sua vita privata, l'alterazione dell'equilibrio tra le parti a cui l'intervento legislativo vuol porre rimedio ⁽⁹⁾.

Il fatto, poi, che la conclusione del contratto avvenga in una forma solenne (come è prassi per i mutui garantiti da ipoteca) non esclude di per sé l'operatività della disciplina in commento che, per espressa previsione include i contratti "in qualunque forma conclusi", pur dovendosi ravvisare che alcune circostanze pratiche, quali l'assistenza di un soggetto obbligato a chiarire alle parti la portata dei loro impegni, rendano nella pratica difficilmente ipotizzabile la conclusione in una fattispecie di vendita a domicilio di un contratto stipulato per atto pubblico. Di tali considerazioni, come si vedrà più nel dettaglio, il legislatore comunitario si è fatto carico nella disciplina in commento solo in relazione ai contratti aventi ad oggetto beni immobili ⁽¹⁰⁾.

A parte i requisiti sopra menzionati, la cui ricorrenza determina la sussistenza

di una situazione di vendita a domicilio, come accennato, la Corte di giustizia, in una delle due sentenze in commento (causa C-229/04), ha escluso la configurabilità di condizioni supplementari quali la conoscenza da parte dell'operatore commerciale del fatto che il contratto sia stato concluso in una situazione di vendita a domicilio da parte un terzo intervenuto in suo nome o per suo conto. Tale ricostruzione, infatti, non solo risulterebbe in contrasto con la lettera della norma (che nella definizione di "commerciante" include la persona che agisce a nome o per conto del commerciante) ma risulterebbe in contrasto anche con le finalità di tutela sottese alla disciplina.

E', infine, appena il caso di precisare che, affinché il consumatore possa avvalersi del diritto di revoca è sufficiente che egli si trovi in una delle situazioni obbiettive descritte dalla legge e non è necessario esigere la dimostrazione che egli sia stato indotto o manipolato dal commerciante. La disciplina in commento, infatti, come è stato correttamente osservato in dottrina ⁽¹¹⁾, predispone una tutela più ampia, e nello stesso tempo più specifica, rispetto ai tradizionali sistemi civilistici di annullamento del contratto per errore o dolo, che prescinde dalla sussistenza o dalla prova di un comportamento poco corretto dell'offerente, e che mira a tutelare il consumatore per la sua presunta debolezza e per la sua emotiva capacità di essere coinvolto da sollecitazioni, anche pubblicitarie, non scorrette ma aggressive. Tale sistema di tutela non sostituisce ma si affianca ai normali strumenti civilistici in materia contrattuale.

Operatività delle esclusioni contemplate dalla legge in relazione:

a) al contratto di mutuo garantito da ipoteca

Come accennato nel precedente paragrafo, dall'ambito di applicazione della disciplina sono escluse alcune categorie di contratti, tassativamente elencati, per ragioni attinenti all'oggetto del contratto e al suo valore. In particolare, l'art. 3 par. 2 della direttiva 85/577 (riprodotto nell'46 del codice del consumo) menziona tra le esclusioni "i contratti per la costruzione, vendita e locazione di beni immobili e i contratti relativi ad altri diritti concernenti beni immobili" (lett. a)).

In relazione ai contratti di mutuo ipotecario la Corte di giustizia nella causa C-481/99 ⁽¹²⁾, richiamata da entrambe le sentenze in commento, si era già pronunciata nel senso dell'applicabilità della disciplina della direttiva. La circostanza che tale tipo di contratto si ricolleggi ad un diritto su un bene immobile, infatti, non è stata ritenuta sufficiente dai giudici comunitari per considerare il mutuo garantito da ipoteca come un contratto relativo a diritti su beni immobili ai sensi dell'art. 3, par. 2, lett. a), della direttiva. L'oggetto del contratto di credito resta la concessione di

fondi connessa al correlativo obbligo di rimborso e di pagamento degli interessi; il fatto che quest'ultima obbligazione sia garantita attraverso ipoteca non rende meno necessaria, secondo le conclusioni dei giudici di Lussemburgo, la tutela accordata al consumatore che ha stipulato un siffatto contratto fuori dei locali del commerciante, anche tenuto conto del fatto che per consolidata giurisprudenza della Corte le deroghe alle norme comunitarie volte a tutelare i consumatori vanno interpretate restrittivamente.

b) al contratto di compravendita immobiliare costituente mera parte integrante di una più ampia operazione di investimento

I giudici comunitari, nuovamente chiamati ad interpretare la disposizione, nelle cause in commento non si sono, invece, spinti ad affermare l'applicabilità della direttiva 85/577 ad un contratto di compravendita immobiliare ancorché, come prospettato dai ricorrenti nella causa C-350/03, esso sia mera parte integrante di un investimento finanziario più ampio il cui finanziamento sia garantito mediante mutuo e le cui trattative precontrattuali si siano svolte nel contesto di un'operazione di vendita a domicilio.

A tal riguardo la Corte ha rilevato che la direttiva esclude espressamente e inequivocabilmente dalla propria sfera di applicazione i contratti di compravendita immobiliare, né tale limite sarebbe superabile attraverso il riferimento del diritto di recesso all'operazione di investimento considerata nel suo complesso e parte della quale consistente in un contratto di compravendita immobiliare. Tale conclusione, sollecitata anche attraverso il richiamo della precedente giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo in materia di multiproprietà ⁽¹³⁾, non è stata ritenuta applicabile al caso *sub iudice* in quanto la Corte ha ritenuto la fattispecie dedotta nella causa principale scindibile in operazioni giuridicamente separate.

Nella sentenza sopra menzionata in materia di multiproprietà la Corte non aveva ritenuto rientrare nell'esclusione dell'art. 3, n. 2, della direttiva un'operazione di vendita a domicilio relativa a un contratto avente ad oggetto, oltre al diritto d'uso a tempo ripartito su un bene immobile, la fornitura di servizi distinti (quali la manutenzione dell'immobile, la gestione e l'amministrazione della multiproprietà, l'uso dei servizi comuni del quartiere residenziale e l'affiliazione all'organizzazione internazionale che avrebbe consentito all'acquirente di scambiare i propri periodi di soggiorno in vacanza) di un valore complessivo superiore a quello del diritto d'uso sull'immobile, e perciò prevalenti. Conformemente alle conclusioni presentate dall'avvocato generale Philippe Léger nell'udienza del 28 settembre 2004 (punti dal 51 al 68), come anticipato, la Corte di giustizia nella causa qui in commento non ha reputato che l'operazione finanziaria controversa presentasse le stesse caratteristi-

che. Più precisamente, la Corte non ha ritenuto affatto ricorrere nella fattispecie in esame un'operazione unitaria (come invece aveva rilevato nel caso della multiproprietà, reputando in quella circostanza prevalenti i servizi sul diritto sul bene immobile), rinvenendovi, al contrario, "due operazioni giuridicamente separate e aventi, in linea di principio obiettivi diversi" (punto 78).

Proprio in ragione di tale diversità di obiettivi, la Corte, come si è già visto, ha reputato incluso nell'ambito di applicazione della disciplina in esame il contratto di finanziamento (ancorché garantito da ipoteca e finalizzato all'acquisto dell'immobile), in quanto avente ad oggetto essenzialmente la concessione di fondi; il contratto di compravendita immobiliare, invece, nonostante il più ampio complesso di contratti in cui si trovava inserito, è stato comunque ritenuto finalizzato principalmente, se non esclusivamente, all'acquisizione di un diritto di proprietà su un bene immobile. Secondo quanto si legge nelle citate conclusioni dell'avvocato generale, infatti, pur ricorrendo la circostanza che la società che aveva intermediato sia nella compravendita sia nella concessione del finanziamento da parte della banca si era impegnata anche alla prestazione di alcuni servizi relativi alla gestione e all'amministrazione del complesso immobiliare di cui l'immobile compravenduto è parte, tuttavia tali servizi rappresentavano, in termini economici, solo una minima parte della complessiva operazione finanziaria.

Questo secondo contratto, dunque, sulla base delle conclusioni della Corte, deve ritenersi senz'altro rientrare nell'esclusione contemplata nell'art. 3, n. 2 della direttiva (come riprodotto nel summenzionato art. 46 del codice del consumo).

La ragione, rinvenibile nelle affermazioni dell'avvocato generale, è insita nella *ratio* della direttiva, volta a tutelare i consumatori contro l'elemento sorpresa insito nelle vendite a domicilio. "Orbene, tale elemento di sorpresa non si riscontra nei contratti immobiliari e, segnatamente, nei contratti di compravendita immobiliare. Infatti, nella maggior parte degli Stati membri, se non in tutti, la conclusione di contratti di tale tipo presuppone obbligatoriamente un certo formalismo. Tale formalismo può implicare che il contratto debba essere concluso davanti ad un pubblico ufficiale, incaricato di redigere l'atto e di chiarire alle parti la portata dei loro obblighi. Esso può parimenti implicare che debba trascorrere un certo lasso di tempo tra la sottoscrizione del contratto preliminare e la conclusione di quello definitivo. Ciò premesso, è quasi impossibile che un contratto di vendita immobiliare possa validamente concludersi in una fattispecie di vendita a domicilio. Era pertanto logico che la direttiva escludesse tale tipo di contratto dal proprio ambito di applicazione" (punti 55, 56 e 57 delle conclusioni dell'avvocato generale).

Per inciso, si osserva che se agli assunti sopra riportati deve riconoscersi senz'altro un fondamento, essi tuttavia suscitano due tipi di considerazioni. Da un lato, la *ratio* dell'esclusione appare chiara solo in riferimento alla disposizione di al-

cuni diritti su beni immobili (in linea di massima quelli reali) ma non appare del tutto chiara in relazione ad altri ⁽¹⁴⁾; dall'altro, lo stesso ragionamento potrebbe applicarsi anche ad atti aventi un diverso oggetto ma ugualmente stipulati in forma pubblica. Invece, come già rilevato, la direttiva (correttamente attuata dal legislatore nazionale che non avrebbe legittimamente potuto ridurre la sfera materiale di applicazione della tutela in essa prevista) non prevede, a differenza di successivi atti comunitari ⁽¹⁵⁾, un'esclusione generalizzata, in riferimento a questa categoria di atti, dell'operatività del diritto di recesso. Nel rilevare tali incongruenze, bisogna tener conto del fatto che la direttiva in commento costituisce il primo provvedimento in materia di tutela dei consumatori, ambito nel quale il legislatore comunitario è in seguito intervenuto ripetutamente, affinando le modalità di intervento e gli strumenti di tutela (tutti i provvedimenti successivi, ad esempio, contemplano accanto al diritto di recesso un diritto, con corrispettivo obbligo a carico del professionista, di informazione); per tali motivi non sembrerebbero inopportune modifiche della disciplina volte ad adeguarla alla accresciuta sensibilità guadagnata in materia.

Chiarita, sulla base delle motivazioni sopra enunciate, la non configurabilità di un diritto di recesso direttamente in relazione al contratto di compravendita immobiliare, la Corte ha, inoltre, escluso che le finalità di tutela del consumatore, enunciate in via generale dall'art. 95, n. 3, del Trattato CE ⁽¹⁶⁾, e immanenti alla direttiva in esame, richiedano necessariamente un'incidenza del recesso esercitato in relazione al contratto di mutuo sulla vendita immobiliare, anche ove si tratti di investimenti finanziari in cui il mutuo non sarebbe stato concesso senza l'acquisto dell'immobile.

L'art. 7 della direttiva, infatti, demanda agli ordinamenti nazionali il compito di disciplinare le conseguenze giuridiche del recesso (ivi comprese le conseguenze della revoca del contratto di mutuo ipotecario verificatasi conformemente alle norme della direttiva sul contratto di acquisto del bene immobile e sulla costituzione dell'ipoteca).

Se è vero che il legislatore nazionale deve esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario e, più in particolare, delle norme della direttiva, interpretate alla luce del suo obiettivo, in modo tale da garantire che essa produca i propri effetti utili ⁽¹⁷⁾ (così come i giudici interni devono interpretare le norme nazionali, per quanto possibile, alla luce del testo e delle finalità del provvedimento comunitario), nello specifico, tuttavia, la Corte non ha ritenuto contrarie alle disposizioni e allo scopo della direttiva norme nazionali che prevedano, così come avviene nel diritto tedesco, quale unica conseguenza dal recesso dal contratto di mutuo, l'annullamento del contratto stesso, anche ove si tratti di investimenti finanziari in cui il mutuo non sarebbe stato concesso senza l'acquisto dell'immobile. Del resto, mentre altre direttive comunitarie volte alla tutela degli interessi dei consumatori

contengono norme relative ai contratti connessi, la direttiva in esame non prevede alcuna norma di tal genere né fornisce alcun indizio che induca a presumere l'esistenza implicita di norme siffatte ⁽¹⁸⁾.

Il concreto atteggiarsi della tutela del consumatore nel caso *sub iudice*

Nelle cause in commento, inoltre, i giudici di rinvio hanno invitato la Corte a precisare le ripercussioni della sua giurisprudenza relativa al caso *Heininger* - in cui come si è visto era stata affermata la possibilità di recedere ai sensi della direttiva 85/577 da un contratto di credito fondiario - in relazione alle conseguenze giuridiche dell'esercizio di tale diritto.

Sul punto la Corte si è espressa nel senso che la disciplina di tutela predisposta dalla direttiva non osta a che:

- il consumatore che abbia esercitato il proprio diritto di recesso conformemente alla direttiva medesima sia obbligato a restituire l'importo del mutuo all'istituto mutuante, anche qualora il mutuo sia diretto esclusivamente al finanziamento dell'acquisto dell'immobile e venga versato direttamente al venditore dell'immobile;
- l'importo del mutuo debba essere versato immediatamente;
- una normativa nazionale preveda l'obbligo per il consumatore, non solo di restituire gli importi percepiti in base al contratto di mutuo, ma anche di versare al mutuante gli interessi al tasso di mercato.

Nei casi in commento la Corte, tuttavia, non riduce la tutela del consumatore al semplice riconoscimento del diritto di recesso che, limitato al solo contratto di mutuo e sulla base della ricostruzione delle conseguenze giuridiche dalla stessa operata in ordine al suo esercizio, risulta, come prospettato anche dai giudici di rinvio della causa C-350/03 (punto 56), in linea di principio, economicamente poco interessante o privo di interesse, in quanto il consumatore che eserciti il recesso dal contratto di mutuo si troverebbe nella medesima situazione in cui si troverebbe se il recesso non fosse stato compiuto, se non in una situazione più svantaggiosa in quanto dovrebbe saldare il proprio debito immediatamente e non a scaglioni, come previsto dal contratto.

Sulla base delle conclusioni dei giudici di Lussemburgo, i legislatori nazionali, in ottemperanza del disposto dell'art. 4 della direttiva 85/577, devono garantire l'effettività del diritto di recesso adottando misure appropriate di tutela dei consumatori qualora non venga loro fornita l'informativa legalmente richiesta in ordine al recesso ⁽¹⁹⁾.

Letteralmente i giudici di Lussemburgo hanno affermato che "in una fattispe-

cie nella quale, se la banca avesse adempiuto l'obbligo di informare il consumatore in merito al suo diritto di recesso, questi avrebbe potuto evitare di esporsi ai rischi inerenti ad investimenti come quelli oggetto della causa principale ⁽²⁰⁾, l'art. 4 della direttiva 85/577 fa obbligo agli Stati membri di garantire che le loro rispettive normative tutelino i consumatori che non abbiano potuto evitare di esporsi a tali rischi, adottando provvedimenti tali da evitare che essi si trovino esposti alle conseguenze della realizzazione dei rischi medesimi".

Maria Laura Mattia

-
- (1) La necessità di una politica di protezione del consumatore venne evidenziata per la prima volta in occasione del vertice di Parigi del 20-21/10/1972, a seguito del quale venne adottata la risoluzione del Consiglio del 14 aprile 1975 riguardante un programma preliminare della CEE per una politica di protezione e di informazione del consumatore. Nuovi programmi d'azione sono stati adottati con: la risoluzione del 19 giugno 1981 riguardante un secondo programma della CEE per una politica di protezione e di informazione del consumatore; la risoluzione 23 giugno 1986 concernente il futuro orientamento della politica della CEE per la tutela e la promozione degli interessi del consumatore; la risoluzione del 13 luglio 1992 sulle future priorità per il rilancio della politica di protezione dei consumatori.
 - (2) Il codice del consumo riunisce in un unico testo le diverse norme a tutela del consumatore, in genere di matrice comunitaria, prima contenute nel codice civile e in diverse leggi speciali. Pur non apportando modifiche di rilievo nella disciplina sostanziale, il neonato codice prova a conferire un ordine sistematico alla materia, premettendo alla disciplina generale sulle clausole vessatorie e alle discipline specifiche relative a particolari contratti e modalità di conclusione una definizione unitaria di "consumatore" e di "professionista", e unificando per quanto possibile la disciplina del recesso. La normativa relativa ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali è contenuta nella Parte III, Titolo III, Capo I, Sezione I del codice.
 - (3) La particolare attenzione rivolta dal legislatore comunitario a questa tipologia contrattuale, disciplinata in linea generale dalla direttiva 97/7/CE, è testimoniata dalla differenziazione della disciplina a seconda del mezzo di conclusione del contratto (direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico) e dell'oggetto dello stesso nel caso della commercializzazione a distanza degli strumenti finanziari (direttiva 2005/29/CE).
 - (4) La definizione normativa di "consumatore", come delineata dall'art. 2 della direttiva 85/577/CEE ("la persona fisica che, per le transazioni disciplinate dalla presente direttiva, agisce per un uso che può considerarsi estraneo alla propria attività professionale"), ha sollevato diversi dubbi interpretativi, non sempre risultando agevole determinare quando un soggetto agisca per scopi estranei alla propria attività professionale. Ha creato meno problemi la definizione di "commerciante", contenuta nello stesso articolo, inteso come "la persona fisica o giuridica che, nel concludere la transazione in questione, agisce nell'ambito della propria attività commerciale o professionale, o la persona che agisce a nome o per conto di un commerciante".
 - (5) Si riporta di seguito il testo dell'art. 45 del codice del consumo recante la rubrica "Campo di appli-

cazione”:

- a. “1. La presente sezione disciplina i contratti tra un professionista ed un consumatore, riguardanti la fornitura di beni o la prestazione di servizi, in qualunque forma conclusi, stipulati:
- b. durante la visita del professionista al domicilio del consumatore o di un altro consumatore ovvero sul posto di lavoro del consumatore o nei locali nei quali il consumatore si trovi anche temporaneamente, per motivi di lavoro, di studio o di cura;
- c. durante una escursione organizzata dal professionista al di fuori dei propri locali commerciali;
- d. in area pubblica o aperta al pubblico, mediante la sottoscrizione di una nota d’ordine, comunque denominata;
- e. per corrispondenza o, comunque, in base ad un catalogo che il consumatore ha avuto modo di consultare senza la presenza del professionista.
- f. 2. Le disposizioni della presente sezione si applicano anche nel caso di proposte contrattuali sia vincolanti che non vincolanti effettuate dal consumatore in condizioni analoghe a quelle specificate nel comma 1, per le quali non sia ancora intervenuta l’accettazione del professionista.
- g. 3. Ai contratti di cui al comma 1, lettera d), si applicano, se più favorevoli, le disposizioni di cui alla sezione II”.

- (6) Vedi il commento all’art. 1 della direttiva 85/577/CEE in LIPARI (commentario a cura di), *Attuazione della direttiva n. 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali* (decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50), in *Nuove leggi civili commentate*, 1993, 176 ss.; MACRI’, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali* (Commento a d. lg. 15 gennaio 1992 n. 50) –*Quaderni di diritto commerciale europeo*, a cura di C. ANGELICI e G. MARASÀ, Torino, 1998, 1 ss.
- (7) La *ratio* della disciplina è esplicitata nel quarto e quinto considerando della direttiva in base ai quali “la caratteristica dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali del commerciante è che, di regola, il commerciante prende l’iniziativa delle trattative, il consumatore è impreparato di fronte a queste trattative e si trova preso di sorpresa; che il consumatore non ha spesso la possibilità di confrontare la qualità e il prezzo che gli vengono proposti con altre offerte; che questo elemento di sorpresa è generalmente presente non soltanto nel caso di contratti conclusi a domicilio, ma anche in altre forme di contratti conclusi dal commerciante fuori dai propri locali” pertanto “è opportuno accordare al consumatore il diritto di rescissione da esercitarsi entro un termine non inferiore a sette giorni, per permettergli di valutare gli obblighi derivanti dal contratto”. Un ampliamento delle fattispecie oggetto della tutela si riscontra già nell’originario decreto di attuazione (il decreto 50/1992) che all’art. 9, sotto la rubrica “*Altre forme speciali di vendita*”, prendeva in considerazione modalità di conclusione del contratto non contemplate dalla direttiva (“Le disposizioni del presente decreto si applicano anche ai contratti riguardanti la fornitura di beni o la prestazione di servizi, negoziati fuori dei locali commerciali sulla base di offerte effettuate al pubblico tramite il mezzo televisivo o altri mezzi audiovisivi, e finalizzate a una diretta stipulazione del contratto stesso, nonché ai contratti conclusi mediante l’uso di strumenti telematici”). La disposizione non è stata riprodotta a seguito dell’adozione del codice del consumo in quanto le fattispecie in essa contemplate si prestano a rientrare nella successiva disciplina, sempre di origine comunitaria, sui contratti a distanza, contenuta nella sezione II dello stesso titolo del codice. La normativa nazionale, inoltre, non riproduce l’esclusione formulata dalla direttiva in relazione al caso in cui la visita sia espressamente richiesta dal consumatore.
- (8) V. CARBONE, *Commento a d. lgs. 1992/50*, in *Corriere giuridico*, 1992, 1098, nota 10.
- (9) Ai fini della delimitazione dell’ambito oggettivo di applicazione della disciplina in questione, e in particolare del diritto di recesso in relazione ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali, è utile fare accenno a quanto elaborato in dottrina in riferimento all’analogia fattispecie del colloca-

mento "porta a porta" dei valori mobiliari. Tale materia, ora espressamente esclusa dall'ambito materiale di applicazione della disciplina in commento (art. 3, n. 2, lett. e)), è stata la prima a contemplare una disciplina di tutela della parte contrattualmente debole (risparmiatore/investitore), sia in generale, mediante il controllo della circolazione dei valori mobiliari e della relativa intermediazione, sia più specificamente per quanto attiene alla ipotesi della vendita "porta a porta". Il punto centrale di tale disciplina, ora confluita nel T.U. dell'intermediazione finanziaria (adottato con d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), è rappresentato dalla previsione di uno *jus poenitendi* da esercitarsi entro un certo termine dalla sottoscrizione del contratto, diritto che, prima dell'entrata in vigore della legge in commento, la dottrina aveva interpretato in via estensiva, e riconosciuto anche in relazione a servizi e prodotti diversi dai valori mobiliari, al fine mettere il cliente contattato da un promotore finanziario nelle condizioni di poter contare su una disciplina uniforme della conclusione del contratto. Ebbene, in quest'ambito la dottrina ha interpretato in modo molto ampio il campo di applicazione della disciplina, prescindendo senz'altro dal luogo materiale in cui il contratto sia stato concluso.

- (10) Una diversa valutazione è stata espressa dal legislatore comunitario nei più recenti interventi rivolti alla tutela dei consumatori. La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, infatti, lascia agli Stati membri la facoltà (esercitata in Italia con d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190) di stabilire che il diritto di recesso non si applica, tra l'altro, "alle dichiarazioni del consumatore rese utilizzando i servizi di un pubblico ufficiale". Il diritto di recesso è, poi, espressamente escluso nei contratti conclusi con l'intervento di un pubblico ufficiale dalla recente proposta modificata di direttiva sul credito al consumo [COM 2005 (483)]. In entrambi i casi, tuttavia, l'esclusione è condizionata all'attestazione da parte del pubblico ufficiale del rispetto dei diritti di informazione attribuiti al consumatore dalle normative in questione.
- (11) VALENTINO, *I contratti negoziati fuori dai locali commerciali e i contratti a distanza*, in GABRIELLI – MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori – Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino, 2005, 659 ss, spec. 662.
- (12) Corte di giustizia, sentenza 13 dicembre 2001, *Heininger*, causa n. C-481/99 per il cui commento si rimanda a CONTI, *Il diritto di recesso tra "contratti porta a porta" e "credito al consumo"*. *Un importante sentenza della Corte UE*, in *Corriere giuridico*, 2002, 869.
- (13) Corte di giustizia, sentenza 22 aprile 1999, *Travel Vac*, causa C-423/97 per il cui commento si rimanda a DI CIOMMO, *Tutela dei consumatori e multiproprietà: la luna di miele continua*, in *Foro italiano*, 1999, IV, 234; BARELA, *Contratto di multiproprietà e tutela del consumatore*, in *Vita Notarile*, 2000, 1300 ss.; PALMIERI, *Nota a Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 13 dicembre 2001, causa C-481/99*, in *Foro italiano*, 2002, IV, 57; FARNETI, *Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 13 dicembre 2001 (causa C-481/99): le gravi conseguenze della mancata informazione circa il diritto di recesso nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Studium iuris*, 2003, 535.
- (14) Tale incongruenza - rilevata da MACRI', *op. cit.*, 36, il quale osserva che "in base al disposto in esame viene esclusa l'applicabilità della disciplina di protezione del consumatore in fattispecie che, sebbene non frequentissime, hanno comunque un'indubbia rilevanza anche quantitativa. Si pensi ad esempio, alla conclusione per corrispondenza di contratti di locazione di case offerte mediante catalogo, per periodi più o meno lunghi di vacanza, o alla vendita, sempre su catalogo o a domicilio, di quote di multiproprietà" – ha trovato un correttivo nella giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenza 22 aprile 1999, *Travel Vac*, causa C-423/97 già citata).
- (15) A cui si è fatto riferimento nella nota 9.
- (16) Tale disposizione, introdotta nel Trattato CE nel 1986 con l'Atto unico europeo, non solo è successiva alla data di emanazione della direttiva 85/577, ma è diretta alle istituzioni comunitarie e pertanto non invocabile a fondamento diretto di obblighi per gli Stati; tutt'al più ad essa si potrebbe fare ricorso quale elemento di interpretazione della direttiva.
- (17) Si vedano le sentenze 17 giugno 1999, causa C-336/97, *Commissione/Italia*, punto 19, e 5 di-

cembre 2002, causa C-324/01, *Commissione/Belgio*, punto 18, richiamate dalla Corte nella causa C-350/03 in commento.

- (18) Per quanto riguarda la disciplina nazionale in materia di collegamento negoziale si rileva l'assenza di esplicite previsioni normative, se non in alcuni ambiti della materia della tutela del consumatore, comunque di derivazione comunitaria, in relazione ad esempio alla materia delle clausole vessatorie e alla disciplina della multi proprietà. Manca, tuttavia, nel panorama legislativo italiano una compiuta definizione di questa figura, soccorrendo a tal fine gli interventi della dottrina e le numerose pronunce giurisprudenziali in materia. In relazione ai profili di collegamento tra la compravendita e il procacciamento della somma occorrente per corrispondere il prezzo, che avviene secondo schemi riconducibili al c.d. mutuo di scopo si rimanda a Cass. 23 aprile 2001, n. 5966 e relativi commenti (v. PERROTTI, *Compravendita e mutuo di scopo: un'ipotesi di collegamento negoziale*, in *I Contratti*, 2001, 1126 ss.), con riferimento a un'ipotesi in cui era previsto il reimpiego della somma mutuata per l'acquisto di un veicolo.
- (19) Sotto il diverso profilo del limite temporale (di sessanta giorni) imposto dalla normativa nazionale per l'esercizio del diritto di recesso in caso di mancata, errata o incompleta informazione del consumatore in ordine a tale diritto (art 65, comma 3 del codice del consumo), sussistono dubbi circa la conformità della disciplina interna all'obbligo contemplato dall'art. 4 della direttiva. Tali dubbi conseguono essenzialmente alla più volte citata sentenza della Corte nel caso *Heininger*, secondo cui "la direttiva 85/577/CEE osta a che il legislatore nazionale applichi un termine di un anno dalla stipulazione del contratto (si riferisce alla normativa tedesca) per l'esercizio del diritto di recesso istituito dall'art. 5 di tale direttiva, qualora il consumatore non abbia beneficiato dell'informazione di cui all'art. 4 della suddetta direttiva".
- (20) I rischi a cui ci si riferisce consistevano essenzialmente nel fatto che i proventi della locazione previsti non si realizzassero e che le aspettative relative all'incremento del prezzo dell'immobile si rilevassero erronee.

(Riproduzione riservata)