

MATTEO MAGRI

# Contratto a distanza

Estratto da:

## DIGESTO

*delle Discipline Privatistiche*

*Sezione Civile*

*Aggiornamento*

\*\*\*\*\*

con la collaborazione di

Antonio Iannarelli - Eva Rook Basile

Rodolfo Sacco - Angelo Scala

**UTET**  
GIURIDICA

## INDICE

Accessione del possesso di R. SACCO . . . . .	p.	1
Amianto (danno alla persona) di N. COGGIOLA . . . . .	»	2
Anonimato di G. FINOCCHIARO . . . . .	»	12
Antropologia giuridica di R. SACCO . . . . .	»	20
Arricchimento (azione di) nei confronti della pubblica amministrazione di C. CICERO . . . . .	»	31
Atti gratuiti non liberali di A. GIANOLA . . . . .	»	45
Atti liberali non donativi di A. GIANOLA . . . . .	»	56
Automatico (conclusione del contratto mediante apparecchio) di R. SACCO . . . . .	»	71
Beni culturali (diritto dell'Unione Europea) di B. PASA . . . . .	»	73
Biancosegno <i>vedi</i> : Dichiarazione contrattuale (incarico di redigere e completare la) . . . . .	»	101
Bigamia di A. ANCESCHI . . . . .	»	101
Biomasse di L. COSTANTINO . . . . .	»	118
Brasile di S. LANNI . . . . .	»	125
Causazione di R. RICCÒ . . . . .	»	158
Cina di M. TIMOTEO . . . . .	»	181
Circolazione del possesso di R. SACCO . . . . .	»	238
Clausola di stile di R. SACCO . . . . .	»	258
Clausola oro (divieto della) di R. SACCO . . . . .	»	260
Codice civile europeo di E. IORIATTI FERRARI . . . . .	»	263
Codici civili nel sistema latinoamericano di S. SCHIPANI . . . . .	»	286
Codificazione, ricodificazione, decodificazione di R. SACCO . . . . .	»	319
Conclusione del contratto mediante l'inizio dell'esecuzione di R. SACCO . . . . .	»	333
Consegna <i>vedi</i> : Circolazione nel possesso . . . . .	»	342
Consuetudine di R. SACCO . . . . .	»	342
Contatto sociale (fonte di obbligazione) di S. ROSSI . . . . .	»	346
Contratti derivati di D. MAFFEIS . . . . .	»	353

Contratto a distanza di M. MAGRI . . . . .	p. 367
Contratto con obbligazioni a carico del solo proponente di R. SACCO . . . . .	» 406
Contratto di fatto di R. SACCO . . . . .	» 432
Decisioni della Cassazione (impugnazioni delle) di G. IMPAGNATIELLO . . . . .	» 443
Decodificazione <i>vedi</i> : Codificazione, ricodificazione, decodificazione . . . . .	» 456
Delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare di E. FABIANI . . . . .	» 456
Detenzione autonoma e qualificata di R. SACCO . . . . .	» 515
Determinatezza dell'oggetto del contratto di R. SACCO . . . . .	» 529
Dichiarazione di scienza di R. SACCO . . . . .	» 537
Diritto ed etologia di A. GIANOLA . . . . .	» 545
Disabilità di A. D. MARRA . . . . .	» 555
Dizionari giuridici di S. FERRERI . . . . .	» 561
Famiglia di fatto di M. R. MOTTOLA . . . . .	» 568
Fattispecie di R. SACCO . . . . .	» 594
Fatto concludente di R. SACCO . . . . .	» 598
Fatto di conoscenza di R. SACCO . . . . .	» 601
Fatto giuridico di R. SACCO . . . . .	» 610
Fatto giuridico (effetto del) di R. SACCO . . . . .	» 622
Fatto giuridico (effetto del): l'effetto minore di R. SACCO . . . . .	» 633
Fatto giuridico negativo di R. SACCO . . . . .	» 641
Fatto refrattario alla valutazione del diritto di R. SACCO . . . . .	» 645
Fatto umano debolmente attivo di R. SACCO . . . . .	» 647
Forma informativa di B. PASA . . . . .	» 651
Formalismo (rinascita del) di C. CICERO . . . . .	» 685
Format (tutela del) di R. MARSEGLIA . . . . .	» 693
Fumo di M. A. MAZZOLA . . . . .	» 706
Giri di A. ORTOLANI . . . . .	» 716
Identità personale (diritto alla) di G. FINOCCHIARO . . . . .	» 721
Illecito permanente di N. SAPONE . . . . .	» 738
Imitazione del diritto <i>vedi</i> : Uniformità, diversità del diritto . . . . .	» 749
Inesistente (negozio, o contratto) di R. SACCO . . . . .	» 749
Inesistenza della cosa oggetto del negozio di R. SACCO . . . . .	» 750
Inquinamento elettromagnetico di M. A. MAZZOLA . . . . .	» 752
Integrazione del contratto di R. SACCO . . . . .	» 761
Interesse ad impugnare (dir. proc. civ.) di S. RUSCIANO . . . . .	» 772
Interesse meritevole di tutela di R. SACCO . . . . .	» 781

Internet e il diritto d'autore di E. FALLETTI . . . . .	p. 785
Mobbing di M. VORANO . . . . .	» 820
Non contestazione (principio di) di F. DE VITA . . . . .	» 832
Occupazione <i>vedi</i> : Circolazione del possesso . . . . .	» 867
OHADA di S. MANCUSO . . . . .	» 867
Patrimonialità del rapporto giuridico, requisito del contratto di R. SACCO . . . . .	» 877
Promessa unilaterale <i>vedi</i> : Contratto con obbligazioni a carico del solo proponente . . . . .	» 883
Qualificazione del contratto di R. SACCO . . . . .	» 884
Scritture teatrali di G. MAGRI . . . . .	» 889
Sicurezza alimentare di L. COSTATO e S. RIZZIOLI . . . . .	» 912
Sperimentazione scientifica di E. FALLETTI . . . . .	» 939
Successione nel possesso di R. SACCO . . . . .	» 971
Titolo esecutivo di A. A. ROMANO . . . . .	» 973
Trasferimento del possesso <i>vedi</i> : Circolazione del possesso . . . . .	» 1006
Unconscionability di A. GIANOLA . . . . .	» 1007

**Contratto a distanza**

**Bibliografia:** AA.VV., *Le vendite aggressive*, Napoli, 1995, 376; G. ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers e sull'accettazione di un'offerta in Internet*, *GC*, 1997, 49; ALPA, «Consumatore (protezione del) nel diritto civile», in *Digesto/civ.*, III, Torino, 1988, 542 ss.; Id., *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, *CorG*, 1993, 635 ss.; Id., *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1999; Id., *Commento al D.lgs. 185/*

99, *Contr.*, 8, 9, 1999; ID., *Repertorio di giurisprudenza sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, Milano, 2004; ID., *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006; ALPA-PATTI, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, sub art. 1469 bis-1469 sexies, in *Il Codice civile, Commentario*, Milano, 2003; J. BAPTISTE, *Créer et exploiter un commerce électronique*, Paris, 1998, 86 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000; CAPILLI, *Note in tema di foro del consumatore*, in *Contr.*, 821-826, 2005; CARRESI, *Corso di diritto civile sul contratto*, Bologna, 1961; ID., *Il contratto*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 1987; CORABI, *Il commercio elettronico e la crisi della fiscalità internazionale*, Milano, 2000; CORASANITI (a cura di), *Codice per l'informatica: Internet, informatica nelle Pubbliche Amministrazioni, commercio elettronico, firma digitale, tutela del software, privacy, banche dati*, Milano, 2001; G. DE NOVA, «Recesso», in *Digesto/civ.*, XVI, Torino, 1997; DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, Torino, 2008; FRATERNALE, *I contratti a distanza*, 2000, Milano; E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, RTDPC, 2003; GAMBINO, *I principi regolativi dei contrats télématiques*, DCI, 1997, 3, 589; ID., *L'accordo telematico*, Milano, 1997; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1990, 1139; GENTILI, *L'inefficacia del contratto informatico*, RDC, 2000, 762; LIVI, *L'attuazione della Direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza*, CeIE, 1998; MACCIONI-NISSOLINO, *La tutela civile e penale del consumatore, Diritto privato*, Torino, 2008; MACRÌ, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali (commentario al d.lgs. 15 gennaio 1992 n. 50)*, Torino, 1998; MAGRI, sub artt. 50-62 c. consumo, in *Commentario al Codice Civile*, Milano, 2010; ID., *Contratto a distanza*, in *www.personaedanno.it*; MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, 1962; MARINI, *Il commercio elettronico: profili di diritto comunitario*, Padova, 2000; MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 1968; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980; M. PALMA, *Sulla competenza inderogabile per territorio prevista dall'art. 12 del d.lgs. n. 50 del 15 gennaio 1992: norma processuale o norma sostanziale?*, GC, 1997, 3, 709; P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, RDC, 1990; PODOGHE, *I contratti con i consumatori - La disciplina delle clausole vessatorie*, Milano, 2000; RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore" (La novella al codice civile)*, Napoli, 1999; RUFFOLO, *Clausole "vessorie" e "abusivie"*, Gli artt. 1469-bis ss. c.c. e i contratti col consumatore, Milano, 1997; SACERDOTI-MARINO, *Il commercio elettronico. Profili giuridici e fiscali*, 2001, Milano; P. SANNA, *Considerazioni a margine del d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185 in tema di tutela dei consumatori nei contratti a distanza*, RCP, 2000, 2, 462; SANTOSUOSSO, *Il codice internet e del commercio elettronico. Aspetti giuridici di rilevanza civilistica*, Padova, 2001; SARZANA, *I contratti di Internet e del commercio elettronico*, Milano, 2001; SCANNICCHIO, *Consumatori e conclusione dei contratti a distanza tra ordinamenti nazionali, direttive comunitarie e diritto comparato*, RCDP, 1994, 38 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. Grosso e Santoro-Passarelli*, 1997, Milano; SMORTO, *Clausole abusive e diritti dei consumatori*, Padova, 2001; STANZIONE-SCIANCALEPORA, *Commentario al codice del consumo: inquadramento sistematico e prassi applicativa*, Torino, 2006; T. TABELLINI, *Il recesso*, Milano, 1962; TORRIELLO, *La protezione dell'acquirente a distanza*, CorG, 1999, I, 22; C. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2005; TROIANO, *L'ambito oggettivo di applicazione e le esclusioni nel d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50*, a cura di A. Jannarelli, *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dei locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, Napoli, 1995; ID., *Disciplina dei mercati e jus poenitendi nella contrattazione a distanza e in quella sorprendente*, in *Saggi di Dir. Priv. Europeo*:

*Persona, proprietà, contratto, responsabilità civile private*, a cura di Pardolesi, Napoli, 1995; VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1966; ID., *Obblighi d'informazione e vendite a distanza*, RDC, 1998, 375 ss.; VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, RDP, 2003, 241-254; ID., *Codice del Consumo, Commentario*, Padova, 2007.

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. La direttiva 97/7/CE del 20-5-1997. – 3. Il d.lg. 22-5-1999, n. 185. – 4. Il d.lg. 6-9-2005, n. 206, c.d. codice del consumo. – 5. Definizioni. – 6. (*Segue*). Nozione di contratto a distanza. – 7. (*Segue*). Nozione di "tecnica di comunicazione a distanza". – 8. (*Segue*). Nozione di "operatore di comunicazione a distanza". – 9. (*Segue*). Il sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal professionista. – 10. Campo di applicazione ed esclusioni. – 11. (*Segue*). I contratti relativi ai servizi finanziari. – 12. (*Segue*). I contratti conclusi mediante distributori automatici. – 13. (*Segue*). I contratti conclusi con gli operatori delle telecomunicazioni impiegando telefoni pubblici. – 14. (*Segue*). I contratti relativi alla costruzione e alla vendita o ad altri diritti relativi a beni immobili, con esclusione della locazione. – 15. (*Segue*). I contratti conclusi in occasione di una vendita all'asta. – 16. (*Segue*). Il riferimento alla tipologia contrattuale della vendita. – 17. Il momento ed il luogo della conclusione del contratto. – 18. Informazioni per il consumatore. – 19. (*Segue*). Le informazioni preliminari. – 20. Conferma scritta delle informazioni. – 21. (*Segue*). Ulteriori informazioni ex art. 53 c. consumo. – 22. (*Segue*). Esclusione dall'obbligo di conferma delle ulteriori informazioni. – 23. (*Segue*). Supporto duraturo. Nozione. – 24. (*Segue*). Derogabilità degli obblighi di informazione. – 25. Violazione degli obblighi di informazione. Generalità. – 26. (*Segue*). Violazione degli artt. 52 e 53 c. consumo. – 27. (*Segue*). Violazione degli obblighi informativi e recesso. – 28. (*Segue*). Procedimento di applicazione delle sanzioni. – 29. Esecuzione del contratto ed obblighi del professionista. – 30. (*Segue*). Indisponibilità anche temporanea del bene o servizio richiesto. – 31. (*Segue*). La fornitura diversa ed il consenso del consumatore. – 32. Esclusione totale del diritto di recesso e degli obblighi di informazione. – 33. (*Segue*). Recesso e diverso accordo tra le parti. – 34. (*Segue*). Fornitura di servizi con inizio prima della scadenza del termine ex art. 64, 1° co., c. consumo. – 35. (*Segue*). Fornitura di beni o servizi con prezzo legato alle fluttuazioni del mercato. – 36. (*Segue*). Fornitura di beni confezionati su misura. – 37. (*Segue*). Fornitura di prodotti audiovisivi o di software informatici sigillati. – 38. (*Segue*). Fornitura di giornali, periodici e riviste. – 39. (*Segue*). Servizi di scommesse e lotterie. – 40. Pagamento mediante carta. – 41. (*Segue*). Carta di pagamento. Nozione. – 42. (*Segue*). Riaccredito al consumatore. – 43. (*Segue*). L'eccedenza rispetto al prezzo o l'uso fraudolento. – 44. Forniture non richieste. – 45. (*Segue*). Conseguenze delle forniture non richieste. – 46. Limiti all'impiego di talune tecniche di comunicazione a distanza. – 47. Vendita mediante mezzo televisivo o altri mezzi audiovisivi. – 48. (*Segue*). Gli obblighi di informazione nella vendita televisiva o telematica. – 49. (*Segue*). La vendita televisiva o telematica di servizi. – 50. Riferimenti e rinvio. – 51. Foro competente nei contratti a distanza.

### 1. Premessa.

Sul contratto di vendita hanno avuto un impatto dirompente le forti trasformazioni sociali, l'affermarsi di un sistema di produzione di massa nonché, in particolare, le innovazioni tecnologiche che, attraverso la massiccia introduzione dell'informatica nel settore delle comunicazioni, hanno

comportato l'abbattimento delle distanze geografiche e la possibilità di un rapporto immediato con l'utenza. Così, la dotazione dei beni di consumo delle famiglie si è evoluta in modo generalizzato dalla soglia di sopravvivenza sociale, propria di una cultura agraria, a quella di stimolo di appartenenza sociale, partecipe di una nuova cultura urbana e metropolitana.

L'insieme di tali fattori ha provocato uno stravolgimento delle tradizionali regole del commercio nazionale ed internazionale ed il sempre maggiore ricorso da parte delle imprese di forme di negoziazione e conclusione dei contratti, diverse dagli schemi tradizionali della vendita. È in questo contesto che è emersa la figura delle vendite c.d. di massa, caratterizzata da un particolare percorso di formazione dell'accordo tra le parti e, parallelamente, cominciata a prefigurarsi una particolare attenzione verso i soggetti destinatari finali dei prodotti dell'industria, considerati da subito parte debole del rapporto contrattuale, ossia i consumatori.

Si assiste, inoltre, alla progressiva riduzione dei margini di negoziazione a disposizione degli stessi consumatori per effetto della crescente aggressività del mercato nonché per il sempre maggior ricorso a contratti c.d. standard.

Tali fenomeni, sviluppatosi dapprima nei paesi a maggiore sviluppo capitalistico, specialmente Stati Uniti, a partire dagli anni Sessanta cominciano ad essere avvertiti anche in Europa ed in singoli Stati si assiste alla nascita e al proliferare di istituzioni e normative poste a tutela del consumatore (tra le più importanti, in Germania, la l. 9-12-1976, sulle condizioni generali di contratto; in Francia, la l. 10-1-1978, n. 23, sulla protezione ed informazione dei consumatori di prodotti e servizi).

In Italia, invece, ancora per lungo tempo, tali questioni sono demandate esclusivamente ad un'interpretazione evolutiva delle norme del codice civile: una generale legislazione a tutela del consumatore sarà infatti emanata solo negli anni Ottanta e per effetto dell'impulso degli interventi comunitari.

Per quello che ci riguarda, ossia i contratti a distanza, occorrerà addirittura attendere sino al d.lg. n. 185/1999 per trovare una disciplina che regoli compiutamente ed autonomamente la materia. Questa disposizione normativa, che recepisce le indicazioni della direttiva 97/7/CE, verrà a sua volta ripresa ed introdotta nel vigente Codice del consumo.

## 2. La direttiva 97/7/CE del 20-5-1997.

Il primo intervento in ambito comunitario in materia di contratti a distanza è costituito dalla direttiva 97/7/CE, pubblicata sulla *GUCE* ed entrata in vigore il 20 maggio 1997. Essa costituisce uno dei numerosi provvedimenti dell'Unione Europea aventi ad oggetto una politica di tutela del consumatore, fra i quali si ricordano, tra le altre, le direttive sulla sicurezza generale dei prodotti (92/59/CEE attuata con d.lg. n. 115/95), sulla responsabilità del produttore per danni da prodotti difettosi (85/374/CEE), sulla pubblicità ingannevole (84/450/CEE), sul credito al consumo (87/102/CEE modificata con la direttiva 90/88/CEE), sulle clausole abusive (93/13/CEE).

La direttiva 97/7 ha offerto una risposta alle esigenze di riavvicinare tra loro le legislazioni degli Stati membri, espresse ed affermate dagli artt. 94 ss. del Trattato (ora artt. 115 ss. Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), creando così conseguentemente le basi per una crescita degli scambi transfrontalieri, nell'ottica della creazione di un "mercato unico della distribuzione". Come ben esplicitato nel sito web dell'Unione Europea ([http://ec.europa.eu/consumers/rights/gen\\_rights\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/rights/gen_rights_en.htm)), in tema di diritti dei consumatori nei contratti a distanza ("distance selling"), «the aim of EU legislation in the field of distance selling is to put consumers who purchase goods or services through distance communication means in a similar position to consumers who buy goods or services in shops».

La direttiva in esame mira dunque a garantire che i consumatori che acquistano beni o servizi a distanza, quindi senza un contatto diretto faccia a faccia con il fornitore, non si trovino in una posizione peggiore di quella dei consumatori che acquistano attraverso metodi tradizionali di commercializzazione. Attraverso la regolamentazione e disciplina dei contratti a distanza si punta al rafforzamento della tutela del consumatore mediante l'eliminazione, o quantomeno la riduzione, degli aspetti negativi che potrebbero emergere da tali nuove forme di mercato delocalizzato. Analizzata sotto un altro punto di vista, la tutela appare ambivalente: tutelando il consumatore, si tutela la razionalità e l'efficiente allocazione del mercato.

In conformità col programma preliminare della Comunità Economica Europea per una politica di protezione e d'informazione del consumatore, di cui alla risoluzione del Consiglio del 14-4-1975, la direttiva 97/7 si ispira ad un principio cardine

ai fini della protezione del consumatore, quello della sua necessaria informazione. Di questo specifico aspetto, la direttiva si occupa nell'undicesimo *considerando*, nel quale si afferma che «l'impiego di tecniche di comunicazione a distanza non deve portare ad una diminuzione dell'informazione fornita al consumatore; che è necessario pertanto determinare le informazioni che devono essere obbligatoriamente trasmesse al consumatore a prescindere dalla tecnica di comunicazione impiegata; che l'informazione trasmessa deve inoltre conformarsi alle altre regole comunitarie pertinenti». Dello stesso tenore anche i successivi dodicesimo e tredicesimo *considerando*.

L'obbligo di informazione nei confronti del consumatore, previsto in maniera così chiara, costituisce dunque un elemento di importanza cruciale: esso risponde infatti all'esigenza di contrastare l'utilizzo di tecniche di comunicazione che sono spesso poco trasparenti, a causa delle quali il consumatore rischia di non essere adeguatamente informato sui contenuti e sulle condizioni dell'affare, per la scarsità o l'incompletezza delle informazioni, e di non essere così in grado di valutare pienamente la convenienza dell'affare.

Si afferma inoltre che le informazioni devono essere fornite in modo "chiaro e comprensibile", devono rispettare i principi di lealtà in materia di transazioni commerciali e proteggere coloro che, secondo le legislazioni nazionali, sono incapaci di manifestare il loro consenso, come i minorenni. Il decreto italiano di attuazione, n. 185/1999 (art. 3, n. 2), e successivamente anche l'art. 52 c. consumo, stabilirà più genericamente che i principi in questione debbono essere valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili.

La direttiva chiarisce ancora che le informazioni debbono essere fornite con mezzi adeguati alla tecnica di comunicazione impiegata. Nel caso di comunicazioni telefoniche, l'identità e lo scopo commerciale debbono inequivocabilmente essere precisati all'inizio della comunicazione, addirittura, per il diritto italiano d'attuazione, a pena di nullità del contratto (art. 3, n. 3, d.lg. n. 185/1999). Schematizzando, è possibile quindi affermare che la direttiva intende disciplinare il fatto che nei contratti a distanza:

— l'iniziativa è sempre del venditore e può spesso accadere che il consumatore si trovi vittima del c.d. effetto sorpresa, ossia venga spiazzato di fronte alla proposta rischiando di addivenire alla

conclusione dell'affare senza aver adeguatamente ponderato la scelta;

— il consumatore non ha la possibilità di visionare concretamente il bene oggetto del contratto, con gli evidenti rischi di trovarlo diverso, viziato o comunque di qualità inferiore rispetto a quella immaginata al momento della conclusione;

— il consumatore non appare adeguatamente tutelato e protetto dalla violazione della sua sfera privata, a causa dell'utilizzo da parte del professionista di tecniche di comunicazione a distanza particolarmente invadenti.

La direttiva ha cercato quindi di porre rimedio a tali questioni attraverso la previsione di tre punti fondamentali che riguardano *i*) il diritto del consumatore ad essere sufficientemente informato, *ii*) la possibilità di liberarsi dall'obbligo contrattuale attraverso il diritto di recesso e *iii*) la previsione di una serie di garanzie e di tutele per il consumatore anche sotto l'aspetto giudiziale.

Il legislatore comunitario è inoltre intervenuto sui sistemi di diritto internazionale privato degli Stati membri per evitare il rischio di applicazione, tramite apposita pattuizione, di una normativa estranea alla Comunità e non corrispondente ai valori che essa mira a perseguire. Si è quindi imposto agli stessi Stati membri di assicurare il rispetto delle norme di attuazione dell'atto, conferendo a queste un carattere "imperativo". L'obbligo di adottare tutte le misure necessarie onde impedire che la portata materiale della direttiva venisse elusa ha comportato, ovviamente, l'esigenza di una corretta trasposizione della stessa da parte degli Stati membri e ciò mediante l'attribuzione del medesimo carattere imperativo anche alle singole disposizioni nazionali di recepimento.

Da osservare che analoghe prescrizioni di diritto internazionale privato si ritrovano anche in altre direttive a tutela dei consumatori (art. 6, par. 2 della direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; art. 9 della direttiva 94/47/CE, concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili; art. 7, par. 2 della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25-5-1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo).

Come si è anticipato, la ratio di tali disposizioni è quella di garantire l'applicazione della normativa sostanziale prevista in ciascuna singola direttiva



quando, in assenza di designazione da parte dei contraenti di una legge di un paese extracomunitario, la legge applicabile al contratto sarebbe quella di uno Stato membro della Comunità.

### 3. *Il d.lg. 22-5-1999, n. 185.*

Come si è accennato in precedenza, il d.lg. 22-5-1999, n. 185, entrato in vigore il 19 ottobre 1999, costituisce il provvedimento normativo con cui il legislatore italiano ha recepito e dato attuazione alla direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997, relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza.

Degno di nota è il fatto che l'Italia abbia provveduto al recepimento della direttiva con un anno di anticipo rispetto al termine triennale fissato nella stessa: l'entrata in vigore del d.lg. n. 185/1999 è stata tuttavia preceduta da un periodo di *vacatio legis* particolarmente lungo (120 giorni) e ciò per consentire ai fornitori l'adeguamento alle novità normative introdotte.

Il recepimento della direttiva 97/7/CE ha rappresentato per l'Italia un'assoluta novità rispetto ad altri Paesi che già in precedenza si erano dotati di una propria legislazione in materia.

In Francia, ad esempio, già prima dell'emanazione della direttiva, il *Code de la Consommation* conteneva un'apposita sezione dedicata alle *ventes à distance*, da cui poi il legislatore comunitario ha ripreso alcuni aspetti, attraverso quel fenomeno indicato dalla dottrina comparatistica come "doppia circolazione". Allo stesso modo, in Gran Bretagna l'*Unsolicited Goods and Services Act* già nel 1971 prevedeva una disciplina sull'invio di prodotti non richiesti dal consumatore.

In Italia, la nuova disciplina si affianca alle regole già introdotte in attuazione di altre direttive concernenti i rapporti tra consumatori e "professionisti" con cui si sono disciplinate le modalità di contratto, trattativa e conclusione dei contratti, quali la l. 6-2-1996, n. 52 (in seguito confluita negli artt. 1469 bis-1469 sexies c.c.) per le clausole abusive contenute nei contratti dei consumatori e, prima di essa, il d.lg. 15-1-1992, n. 50 per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali (le c.d. vendite "porta a porta"). Quest'ultimo provvedimento, in particolare, è importante in quanto per la prima volta veniva affrontata in Italia la questione delle c.d. vendite a distanza (seppur senza mai utilizzare tale espressione), poi compiutamente regolamentata con il d.lg. n. 185/1999.

Le due discipline, d.lg. n. 50/1992 e 185/1999, presentano elementi di contatto e sovrapposizione tra loro e ciò è facilmente riscontrabile dal fatto che tutti i contratti a distanza sono per forza di logica contratti conclusi fuori dei locali commerciali.

Comune è la ratio sottesa ai due nuclei normativi che deve essere rintracciata nell'esigenza di tutelare il consumatore nella fase genetica di quelle tipologie di contrattazione che, in ragione dell'asimmetria informativa che le connota, possono dar luogo ad una formazione del consenso dell'aderente non pienamente consapevole.

Nonostante l'area di incidenza comune, le due normative, tuttavia, si differenziano tra loro, in quanto il d.lg. n. 185/1999 ha sostanzialmente una portata più ampia. Differente, inoltre, è anche il tipo di tutela apprestata al consumatore, che nel d.lg. n. 50/1992 si sostanzia nel diritto di recesso e nell'informativa su tale diritto, mentre nel d.lg. n. 185/1999 si concretizza in una serie più ampia e dettagliata di previsioni che non regolano solo i procedimenti negoziali ma si estendono fino a sindacare il contenuto del contratto, attraverso specifici obblighi informativi posti a carico del professionista, e prevedendo disposizioni relative all'esecuzione del contratto, alla tutela dei diritti del consumatore, al diritto di recesso, al pagamento mediante carte di pagamento, alle forniture non richieste, ai diritti irrinunciabili da parte del consumatore ed infine alla legittimazione ad agire delle associazioni dei consumatori e degli utenti.

### 4. *Il d.lg. 6-9-2005, n. 206, c.d. codice del consumo.*

Nell'ambito di un generale disegno di semplificazione e di riassetto normativo, con l'art. 7 l. 29-7-2003, n. 229, il Governo italiano è stato demandato all'emanazione di un decreto legislativo che contenesse una "sistemazione" delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori che, in virtù di numerosi interventi del legislatore comunitario, hanno finito per determinare un coacervo di norme, per lo più contenute nella legislazione speciale con la quale si è recepita la disciplina sovranazionale, che apparivano contraddire l'esigenza di tutela del consumatore, rendendo di difficile conoscenza non tanto la disciplina, quanto la loro coordinazione.

La delega contenuta nell'art. 7 legge n. 229/2003 dettava quattro principi per il suo esercizio:

a) adeguamento della normativa alle disposizioni comunitarie ed agli accordi internazionali e arti-

colazione della stessa allo scopo di armonizzarla e coordinarla, nonché di renderla strumento coordinato per il raggiungimento degli obiettivi di tutela del consumatore previsti in sede internazionale;

b) omogeneizzazione delle procedure relative al diritto di recesso del consumatore nelle diverse tipologie di contratto;

c) conclusione, in materia di contratti a distanza, del regime di vigenza transitoria delle disposizioni più favorevoli per i consumatori, previste dall'art. 15 d.lg. n. 185/1999, e rafforzamento della tutela del consumatore in materia di televendite;

d) coordinamento, nelle procedure di composizione extragiudiziale delle controversie, dell'intervento delle associazioni per i consumatori, nel rispetto delle raccomandazioni della Commissione delle Comunità europee.

Sulla base del primo criterio il Governo ha ritenuto di poter operare non solo ad una mera "compilazione" di testi previgenti (ovviamente, con le opportune coordinazioni) ma anche con maggiore libertà innovativa. Tali esigenze di coordinamento erano già emerse in precedenza allorché, il nostro legislatore, con l'art. 15, 2° co., d.lg. 22-5-1999, n. 185 (sulla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza), ricordava l'esigenza di un testo unico di coordinamento con il d.lg. 15-1-1992, n. 50 (vendita fuori dei locali commerciali) e con gli artt. 18 e 19 d.lg. 31-3-1998, n. 114 (rispettivamente dedicati alla vendita per corrispondenza, televisione ed altri sistemi di comunicazione ed alle vendite effettuate presso il domicilio dei consumatori).

Il secondo criterio ha inteso fare in modo che fosse eliminata la differenza nei termini del diritto di recesso tra il d.lg. n. 50/1992 (sette giorni) e il d.lg. n. 185/1999 (dieci giorni), soprattutto perché nella coordinazione tra i due decreti ha finito per prevalere, per esempio nella contrattazione su Internet, l'indicazione di maggior favore del consumatore, contenuta nel secondo decreto menzionato.

Il terzo criterio, più che indicare il termine delle disposizioni transitorie di cui al citato art. 15, 2° co., d.lg. n. 185/1999, risultato del tutto "automatico" in virtù del nuovo Codice, ha avuto l'effetto di indicare quale fronte di lavoro la tutela rispetto al fenomeno delle televendite.

Infine, il quarto criterio, opera nella direzione di rendere uniforme l'impiego di soluzioni extragiudiziali delle controversie, come già sviluppate dalle associazioni dei consumatori. Al riguardo,

vale la pena di ricordare il ruolo che da tempo svolgono le Camere di commercio, sulla conciliazione e l'arbitrato, ai sensi dell'art. 2, 2° co., legge n. 580/1993.

Ne è seguita l'approvazione definitiva nella riunione del Consiglio dei Ministri del 14 luglio 2005 e la pubblicazione come d.lg. 6-9-2005, n. 206, recante «Riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori – Codice del consumo, a norma dell'art. 7 della l. 29 luglio 2003, n. 229».

Il codice del consumo costituisce una delle innovazioni più significative della legislazione civile e commerciale dell'ultimo decennio. Questo corpus di regole, infatti, sostituisce le raccolte che, a livello dottrinale, si erano promosse con la finalità di raccogliere in un unico testo le sparse norme concernenti i consumatori. La sua denominazione riflette una concezione oggettiva della materia regolata, che si contraddistingue per il fatto che le disposizioni organicamente inserite in questo contenitore si riferiscono ad un atto economico, per l'appunto il consumo, intorno al quale si intrecciano i rapporti giuridici instaurati dagli individui, nella loro veste di consumatori e imprenditori, o instaurati dalle loro rispettive associazioni. Tuttavia, anche se formulata in modo oggettivo, come è accaduto per l'omologo codice dell'esperienza francese o per i progetti non portati a compimento dell'esperienza belga, questa compilazione si presenta come una sorta di "manifesto" dei diritti dei consumatori, perché qui sono raccolte tutte, o quasi tutte le regole che istituiscono diritti in capo al consumatore ed i rimedi concessigli dall'ordinamento per farli valere.

La struttura e l'articolazione del Codice si sono sviluppate seguendo le fasi del processo di scelta ed acquisto di prodotti e servizi da parte dei consumatori nei vari settori di interesse.

Dopo una Parte I e II, dedicate rispettivamente alle «Disposizioni generali» e alla «Educazione, informazione e pubblicità», la Parte III, intitolata «Il rapporto di consumo», comprende, tra le altre, la disciplina del credito al consumo (d.lg. n. 63/2000), dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali (d.lg. n. 50/1992) e dei contratti a distanza (d.lg. n. 185/1999). Le indicazioni sul diritto di recesso, le sanzioni ed il foro competente sono state uniformate.

La Parte IV e V si occupano di «Sicurezza e qualità», delle associazioni dei consumatori e la disciplina del relativo accesso alla giustizia.

Infine, la Parte VI contiene soltanto alcune disposizioni finali di raccordo tecnico con altra normativa (la modifica dell'art. 1469 bis c.c., l'irrinunciabilità dei diritti del consumatore, le competenze degli enti locali, e una lunga serie di abrogazioni).

Nel marzo 2007 l'art. 19 l. 6-2-2007, n. 13 (Legge comunitaria 2006) ha introdotto l'art. 144 bis (successivamente sostituito dall'art. 22, 1° co., lett. b), l. 7-7-2009, n. 88, Legge comunitaria 2008) tra le disposizioni finali del codice del consumo con cui è stata riconosciuta al Ministero dello sviluppo economico la funzione di autorità pubblica nazionale con il compito di verificare l'applicazione della normativa europea in tema di tutela dei consumatori.

#### 5. Definizioni.

La materia dei contratti a distanza è disciplinata dagli artt. 50-61 c. consumo. Tali norme riprendono quanto già in precedenza disposto dal d.lg. n. 185/1999, di cui si è detto in precedenza, che aveva già sostituito, per quel che riguarda la fattispecie dei «contratti a distanza», il d.lg. n. 50/1992 (attuativo della direttiva CEE n. 577/1985) che regolava i contratti conclusi fuori dei locali commerciali, fra i quali venivano fatti rientrare, in forza del suo art. 9, anche i contratti in esame, denominati «altre forme speciali di vendita» (definizione già stata utilizzata dal legislatore nel Titolo VI del d.lg. n. 114/1998, sul commercio elettronico, e nella legge n. 426/1971 sulla disciplina generale del commercio).

Le uniche modifiche apportate alla disciplina previgente sono relative alla definizione di «fornitore», sostituito dal termine «professionista» (art. 50), e all'introduzione della normativa sul commercio elettronico (art. 52, 3° e 5° co.).

La peculiare caratteristica dei contratti a distanza è rappresentata dal fatto che, normalmente, prima della conclusione del contratto, il consumatore non ha la possibilità di vedere materialmente il bene né di avere un contatto personale, immediato, con il professionista. Tale circostanza, unitamente al fatto che in questo tipo di contratti l'iniziativa è sempre del professionista e al carattere invasivo di talune tecniche di promozione commerciale a distanza, costituisce il principale elemento di rischio negoziale per il consumatore a distanza.

La ratio della disciplina dettata dagli artt. 50 ss. c. consumo è quindi ispirata dall'esigenza di garantire che l'impiego di tecniche di comunicazione a

distanza non pregiudichi comunque il grado di conoscenza minimo del consumatore, che, in quanto tale ritenuto intrinsecamente «parte debole» del rapporto, deve comunque essere posto nelle condizioni di effettuare una completa valutazione dell'opportunità o meno di concludere il contratto e ciò anche ai fini di una conseguente buona esecuzione dello stesso. Da un altro punto di vista, le norme in tema di contratti a distanza mirano a prevenire la possibilità che il professionista possa trarre (indebitamente) profitto dal fatto che il consumatore non abbia potuto, prima di effettuare l'ordine, controllare personalmente il bene che intende acquistare o conoscere con sufficiente precisione le qualità del bene o del servizio, o conoscere in dettaglio le condizioni contrattuali a cui si espone.

Alla luce di queste osservazioni è quindi possibile cogliere in tutta la sua valenza l'importanza delle definizioni contenute nell'art. 50 c. consumo. Attraverso la nozione di «contratto a distanza», «tecnica di comunicazione a distanza» e «operatore di tecnica di comunicazione» il legislatore intende infatti individuare e circoscrivere in modo oggettivo l'ambito di operatività delle norme in esame, senza dover invece ricorrere al riscontro di ulteriori criteri di natura soggettiva. Da sottolineare, inoltre, che l'art. 50 c. consumo, rubricato «Definizioni», riprende direttamente l'art. 1 d.lg. n. 185/1999, ma rispetto al testo originario sono state espunte le definizioni di consumatore e di fornitore [rispettivamente lett. b) e c), art. 1, d.lg. n. 85/1999], ora invece riportate nell'art. 3, 1° co., lett. a) e c), c. consumo (con la sostituzione, cui si è fatto cenno in precedenza, del termine «professionista» in luogo di «fornitore»). Tale spostamento risponde in modo chiaro all'esigenza avvertita dal legislatore di armonizzazione e riordino dell'intera normativa consumeristica all'interno di un testo normativo unico, appunto il codice del consumo.

#### 6. (Segue). Nozione di contratto a distanza.

Con l'espressione «contratti a distanza» si intendono quei contratti aventi ad oggetto beni e servizi nell'ambito di un sistema organizzato dal professionista il quale impiega, per la conclusione ed esecuzione di tali contratti, una o più tecniche di comunicazione, appunto, a distanza, senza cioè la compresenza delle parti.

L'espressione «distanza» riguarda lo spazio fisico esistente tra il fornitore e il consumatore, e quindi specifica una categoria di contratti porta a porta.

Nell'individuazione della fattispecie in esame vengono dunque in rilievo alcuni aspetti specifici:

- a) l'oggetto del contratto ("beni e servizi");
- b) il sistema di vendita o di prestazione di servizi organizzato dal professionista;
- c) il contesto ambientale della negoziazione e della stipulazione.

A tali elementi si deve aggiungere il fatto che deve trattarsi necessariamente di contratti conclusi tra un professionista ed un consumatore.

In merito al primo requisito, lett. a), non vi sono particolari considerazioni da fare se non quella che proprio l'oggetto del contratto è l'elemento distintivo di una seconda definizione di contratto a distanza rinvenibile nell'art. 67 ter, 1° co., lett. a), c. consumo, e dettata con specifico riferimento al contesto dei servizi finanziari.

L'elemento sub b) consente di includere nella nozione di contratti a distanza solo quei contratti che (oltre che negoziati) siano stati conclusi a distanza: a ciò fa riferimento l'espressione «fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto» [art. 51, 1° co., lett. a), ultimo periodo, c. consumo]. Non sono compresi, quindi, quei contratti:

i) negoziati con la presenza delle parti ma conclusi a distanza (si pensi al caso del professionista che, recatosi personalmente presso l'abitazione del consumatore, mostri a quest'ultimo la merce, e questi compia successivamente l'ordinazione attraverso uno strumento di comunicazione a distanza, ad es., telefono, fax o posta elettronica);

ii) negoziati a distanza ma conclusi con la presenza delle parti (si pensi all'ipotesi in cui il consumatore intenda acquistare un prodotto di cui è venuto a conoscenza attraverso la televisione, ed a tal fine si rechi presso la sede commerciale del professionista).

La prescrizione legislativa appena analizzata, relativa al fatto che il contratto a distanza deve essere oltre che negoziato anche concluso mediante la tecnica di comunicazione a distanza, rende applicabili alla fattispecie in esame anche le norme relative alla conclusione del contratto contenute nel codice civile (artt. 1326, 1328, 1335 e 1352 c.c.) e alla vendita a distanza di cui all'art. 11 («Contratti stipulati con strumenti informatici o per via telematica») d.p.r. n. 513/1997 (regolamento contenente i criteri e le modalità per la formazione, l'archiviazione e la trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici).

In base alla definizione di contratto a distanza così come delineata, emerge chiaramente che l'ambito di operatività di tale contratto non è del tutto sovrapponibile rispetto al fenomeno del "commercio elettronico", intendendo con tale espressione lo svolgimento di attività commerciali e di transazioni per via elettronica fra due o più entità collegate tra loro con apparati informatici e sistemi di telecomunicazioni; esso comprende attività diverse quali la commercializzazione di beni e servizi per via elettronica, la distribuzione online di contenuti digitali, l'effettuazione per via elettronica di operazioni finanziarie e di borsa, gli appalti pubblici per via elettronica ed altre procedure di tipo transattivo delle pubbliche amministrazioni (Comunicazione Commissione Europea 97/157). Nell'ambito del commercio elettronico possono quindi rientrare svariate attività che non sono invece ricomprese nella nozione di contratto a distanza (es., gare d'appalto, vendite all'asta, contrattazioni elettroniche di borse).

Inoltre, anche qualora il commercio elettronico avesse lo stesso oggetto di un contratto a distanza, la normativa dettata per quest'ultima fattispecie sarebbe applicabile solo ove si vertesse nell'ipotesi di commercio elettronico c.d. *business to consumer* (B2C), ossia tra professionista e consumatore, restando pertanto escluse le contrattazioni elettroniche c.d. *business to business* (B2B), effettuate tra imprese, e *person to person* (P2P), effettuate tra privati.

#### 7. (Segue). *Nozione di "tecnica di comunicazione a distanza"*.

Per "tecnica di comunicazione a distanza" si intende qualunque mezzo che senza la presenza fisica e simultanea cioè nello stesso luogo, del professionista e del consumatore, permetta le trattative e consenta quindi la conclusione del contratto tra le dette parti.

L'allegato I al d.lg. n. 185/1999 conteneva l'elencazione (non esaustiva) dei seguenti mezzi quali possibili tecniche di comunicazione a distanza:

— stampati con o senza indirizzo, lettere circolari, pubblicità sulla stampa con buono d'ordine, cataloghi, telefono con o senza l'intervento di un operatore (quindi anche dispositivi di chiamata automatica, audiotext), radio;

— video telefono, teletext (microcomputer, schermo televisivo) con tastiera o schermo interattivi, fax, televisore (teleacquisti, televendite), posta elettronica, e per estensione, tutti gli acquisti effettuati sul web (quest'ultimo caso rappre-

senta il commercio elettronico, o e-commerce, di cui si è detto in precedenza).

L'elenco di cui all'allegato I al d.lg. n. 185/1999 è stato soppresso dall'attuale codice del consumo, e ciò è da imputare ad una scelta del legislatore, che si ritiene positiva, di evitare elencazioni, anche solo esemplificative, che la rapidità dello sviluppo tecnologico potrebbe rendere ben presto obsolete e senza alcuna effettiva valenza pratica. È da osservare che tale aspetto era peraltro già stato preso in esame dalla direttiva 97/7/CE, il cui nono *considerando* evidenziava appunto l'estrema difficoltà ed inopportunità di redigere un elenco esaustivo delle possibili tecniche di comunicazione a distanza, data la loro costante evoluzione.

In mancanza di qualsiasi indicazione in senso contrario, — l'art. 50, 1° co., lett. b), c. consumo in esame si limita, infatti, a fornire la definizione di "tecnica di comunicazione a distanza" —, è da ritenersi ammissibile che le parti durante l'iter di formazione e di conclusione del contratto utilizzino tecniche di comunicazione a distanza diverse. Si pensi al caso di una proposta di vendita fatta mediante il mezzo televisivo ma poi seguita da un'accettazione da parte del consumatore attraverso l'uso del telefono.

Da osservare, ancora, che rispetto al testo inglese della direttiva 97/7/CE, sia nella versione italiana della stessa che nel d.lg. n. 185/1999, prima, e nel codice del consumo, poi, è stata aggiunta una congiunzione "e" tra gli aggettivi "fisica" e "simultanea", riferiti al termine "presenza". Ciò consente quindi di estendere l'applicabilità della normativa in esame anche ai contratti conclusi attraverso tecniche di videoconferenza, caratterizzate dalla presenza simultanea, ma non fisica, delle due parti, professionista e consumatore. Le ragioni di tale estensione sono da ravvisarsi nel fatto che tali ultime tecniche potrebbero porre il consumatore in una posizione di (ulteriore) debolezza, attraverso l'assoggettamento della disciplina del contratto alla legge di un paese terzo. Questo pericolo, peraltro, è da ritenersi scongiurato in radice in considerazione di quanto disposto dal 2° co. dell'art. 143 c. consumo («Irrinunciabilità dei diritti»), che riprendendo l'art. 11 d.lg. n. 185/1999 (che a sua volta richiama l'art. 12 della direttiva 97/7/CE) stabilisce che nel caso in cui le parti abbiano scelto di applicare al contratto una legislazione diversa da quella italiana, devono comunque essere riconosciute le condizioni minime di tutela previste dal codice.

In ultima analisi si ritiene opportuno sottolineare che il riferimento esplicito alla "tecnica di comunicazione a distanza", ancora una volta, è manifestazione della possibile debolezza di chi acquista beni o servizi a distanza, ma non come conseguenza dello specifico strumento tecnologico utilizzato, bensì della lontananza tra i contraenti che determina l'impossibilità di verificare la merce.

Il fattore di indebolimento della posizione contrattuale è specificamente connesso alla distanza superabile attraverso l'utilizzo della tecnologia, e non, come invece a prima vista potrebbe sembrare, effetto diretto della stessa tecnologia, della difficoltà tecnica e della necessità di speciali cognizioni che l'utilizzo della stessa richiede. L'aggravamento del rischio conseguente all'inesperienza si scarica potenzialmente su tutti i fruitori, anche se è statisticamente probabile che chi usa professionalmente un servizio di comunicazione a distanza ne sia ben più padrone di chi vi accede occasionalmente. È solo un fatto probabilistico che il privato che si collega via e-mail ad un'impresa sia più sprovvisto di quella nell'utilizzo del mezzo. Per questi motivi, dunque, non è in alcun modo ammissibile l'esimente da responsabilità del professionista consistente nella dimostrazione che il consumatore, nel caso specifico, disponga di sufficienti conoscenze tali per cui l'utilizzo di una tecnica di comunicazione a distanza non rappresenti per lui un fattore di rischio. Per altra via, alla stessa conclusione si giunge solo considerando la natura soggettiva di tale fattore, che proprio in quanto tale, lascerebbe volta per volta all'interprete ogni valutazione circa l'applicabilità o meno delle norme in esame al singolo caso concreto, ingenerando così ampi margini di incertezza.

Ma tale non è l'intenzione del legislatore che, si ribadisce, attraverso il disposto degli artt. 50 e 51 c. consumo, ha definito il campo di applicabilità delle norme sui contratti a distanza unicamente attraverso l'utilizzo di parametri di natura oggettiva.

#### **8. (Segue). Nozione di "operatore di comunicazione a distanza".**

L'ultima definizione fornita dall'art. 50 c. consumo è quella di "operatore di tecnica di comunicazione a distanza". Con tale termine si fa riferimento a quel soggetto, persona fisica o giuridica, pubblica o privata, la cui attività professionale consiste nel mettere a disposizione dei professionisti una o più tecniche di comunicazione a distanza.

Il legislatore ha quindi dettato una definizione onnicomprensiva in grado di abbracciare tutte le possibili figure che, in qualunque forma, prestano servizi di mera intermediazione per i professionisti (ad es., internet provider, gestori dei canali televisivi, operatori radiofonici), ossia che mettono a disposizione degli stessi un servizio comunicativo. L'espressione in esame fa dunque riferimento ad una pluralità di soggetti, aventi ruoli intimamente connessi tra loro, comunque finalizzati al rapporto diretto e finale con il professionista. La dottrina, in particolare, inquadra questo particolare rapporto nell'ambito dell'appalto di servizi, disciplinato dall'art. 1677 c.c. e, per espressa disposizione codicistica, si applicano, in quanto compatibili, sia le norme relative all'appalto, sia quelle che attengono al contratto di somministrazione: i contratti in questione, infatti, generalmente contengono alcuni elementi tipici dell'appalto (il compimento di un servizio) ed altri della somministrazione (la fornitura, in maniera continuativa, della prestazione).

**9. (Segue). *Il sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal professionista.*** Un'ulteriore delimitazione di carattere oggettivo al campo di applicazione delle norme in tema di contratti a distanza è rappresentata dal fatto che il contratto de quo deve essere stipulato «nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazioni di servizi a distanza organizzato dal professionista» [art. 50, 1° co., lett. a), c. consumo]. L'utilizzo del termine "sistema" richiama un ambito complesso, tale da poter prevedere anche più passaggi dell'oggetto del contratto dal professionista al consumatore, e quindi vedere coinvolti anche più soggetti.

Affinché possa dunque applicarsi la normativa in esame occorre che il contratto venga concluso dal consumatore, oltre che avvalendosi esclusivamente di una o più tecniche di comunicazione a distanza, con un professionista che abbia organizzato un'apposita e stabile struttura di distribuzione dei propri beni o servizi. Se tale struttura dovesse mancare e il ricorso da parte del professionista alla tecnica di comunicazione a distanza fosse meramente occasionale, il contratto così concluso tra questi ed il consumatore non rientrerebbe nella presente disciplina.

Allo stesso modo, sarebbero sottratti dall'applicazione della normativa le vendite a distanza occasionali, così come quelle effettuate attraverso

sistemi organizzati per la vendita a distanza, però privi del necessario carattere di esclusività.

In relazione a tale circostanza altra dottrina, sulla base di un'interpretazione letterale della norma, ritiene che l'uso esclusivo di tecniche di contrattazione a distanza non sia prescritto in modo assoluto, ma con riferimento al singolo contratto posto in essere. In altri termini, la norma non richiederebbe che la qualifica professionale di chi offre sia sostanziata dall'uso di tali tecniche, essendo sufficiente che sia un venditore professionista, bensì solamente che nel singolo contratto siano utilizzate tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto stesso. A parer di chi scrive, tale conclusione non sembra cogliere completamente l'essenza della norma. Essa, infatti, fa riferimento a determinate procedure di natura prettamente tecnica, il cui utilizzo, in via esclusiva, da parte del professionista nel rapporto con il consumatore consente di dare origine alla figura in esame, ossia al "contratto a distanza". Sotto un altro angolo visuale, la mancanza di esclusività non ha come conseguenza la modificazione della qualifica professionale del soggetto che offre (che rimane tale anche non utilizzando tali tecniche!), bensì quella diversa di dare origine ad un contratto "non" a distanza.

Da sottolineare che le incertezze sin qui evidenziate circa il concetto di «sistema di vendita» sono state pure rilevate nella recente «Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori» del 13-10-2008, i cui dodicesimo e tredicesimo *considerando*, tra le altre cose, prevedono che «dovrebbe migliorare la certezza giuridica rispetto all'attuale definizione [n.d.r.: di contratto a distanza] che richiede la presenza di un regime organizzato di vendita a distanza gestito dal commerciante fino alla conclusione del contratto» e che «le circostanze particolari di un'offerta o della stipula di un contratto non devono essere rilevanti per la definizione di un contratto a distanza. Il fatto che il commerciante sia un commerciante occasionale o che usi un regime organizzato gestito da un terzo, ad esempio una piattaforma online, non deve privare i consumatori di protezione».

Alla luce di tali considerazioni, secondo la proposta di direttiva la definizione di "contratto a distanza" dovrebbe essere semplificata, intendendo con tale espressione «qualsiasi contratto di vendita o di servizi in cui il commerciante ricorra all'uso di uno o più mezzi di comunicazione a distanza per concludere un contratto».

**10. Campo di applicazione ed esclusioni.**

L'art. 51 («Campo di applicazione») riproduce l'art. 2 d.lg. n. 185/1999 (il quale, a sua volta, ricalca totalmente il par. 1 dell'art. 3 della direttiva 97/7/CE), prevedendo una serie di fattispecie escluse dall'applicazione delle norme in tema di contratti a distanza.

In particolare, così come già nella direttiva 97/7/CE, che non contemplava nel proprio ambito applicativo una tipologia contrattuale unica e definita, comprendendo invece contratti di ogni tipo, purché aventi ad oggetto la fornitura di beni o servizi, il legislatore italiano non ha ritenuto di estendere l'applicabilità a determinati contratti che, o per essere già oggetto di specifica disciplina (contratti relativi ai servizi finanziari) o per la particolare attenzione prestata solitamente dal consumatore prima di addivenire alla stipula (contratti relativi alla costruzione di beni immobili) oppure per l'incompatibilità con la stipulazione a distanza (contratti conclusi mediante distributori automatici), rendevano meno evidenti le ragioni di tutela del consumatore.

È bene rilevare che, contrariamente alla rubrica dell'articolo («Campo di applicazione»), la scelta del legislatore, analogamente a quanto disposto dal d.lg. n. 185/1999, è quella di (limitarsi a) circoscrivere l'ambito di non applicazione della disciplina, evitando così il ricorso ad elencazioni di fattispecie regolamentate dalla stessa, che, geneticamente incomplete, richiederebbero necessariamente una continua opera di interpretazione.

L'art. 51 prevede cinque ipotesi, tra loro disomogenee e classificabili in virtù del fatto che l'eccezione discende

*i)* dall'oggetto del contratto [contratti di cui alle lett. *a)* e *d)*], ovvero

*ii)* dalla sua modalità di conclusione [contratti di cui alle lett. *b)*, *c)* ed *e)*].

Sono dunque sottratti all'applicazione della disciplina dei contratti a distanza i contratti:

— relativi ai servizi finanziari, di cui agli artt. 67 bis ss. c. consumo;

— conclusi mediante distributori automatici o locali commerciali automatizzati;

— conclusi con gli operatori delle telecomunicazioni impiegando telefoni pubblici;

— relativi alla costruzione e alla vendita o ad altri diritti relativi a beni immobili, con esclusione della locazione;

— conclusi in occasione di vendite all'asta.

**11. (Segue). I contratti relativi ai servizi finanziari.**

Le norme sui contratti a distanza non trovano applicazione per i contratti relativi ai servizi finanziari di cui agli artt. 67 bis ss. c. consumo. Con tale espressione si intendono i servizi di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di assicurazione o di previdenza individuale (art. 2, 1° co., d.lg. n. 190/2005, ora abrogato dall'art. 21 d.lg. n. 221/2007) ovvero, richiamando l'elenco meramente indicativo contenuto nell'allegato II al decreto 185/1999, i servizi di investimento, le operazioni di assicurazione e di riassicurazione, i servizi bancari, le operazioni riguardanti i fondi di pensione, i servizi riguardanti operazioni a termine o di opposizione.

I motivi dell'esclusione dei contratti relativi ai servizi finanziari dalla disciplina dei contratti a distanza (nonché da quella dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, come previsto dal d.lg. n. 50/1992, ora art. 46 c. consumo) sono da ravvisarsi nella particolare tipologia di tali contratti che, attesa la loro specificità, richiedono una disciplina *ad hoc*, autonoma rispetto a quella generale.

Il settore dei contratti finanziari, infatti, originariamente disciplinato dal d.lg. 19-8-2005, n. 190, che ha recepito e dato attuazione nell'ordinamento italiano alla direttiva comunitaria 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori, è ora regolato dagli artt. 67 bis ss. c. consumo.

Già in precedenza, peraltro, per i contratti relativi a prodotti finanziari stipulati a distanza, esisteva nel nostro ordinamento una forma di protezione del consumatore, prevista dal d.lg. 24-2-1998, n. 58 (testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52).

**12. (Segue). I contratti conclusi mediante distributori automatici.**

Le ragioni dell'esclusione dall'ambito applicativo delle disposizioni in tema di contratti a distanza dei «conclusi mediante distributori automatici o locali commerciali automatizzati» sono state ravvisate dalla dottrina *i)* nella possibilità per il consumatore di visionare il prodotto, accertandone la qualità e la provenienza, prima di perfezionare l'atto di acquisto (in tal modo, annullando, di fatto, la «distanza» tra professionista e consumatore), ovvero *ii)* nel fatto che la staticità di tali apparecchiature escluderebbe a

priori l'iniziativa aggressiva del professionista, per cui la volontà del consumatore rimane comunque indipendente, non essendo esposta al rischio di condizionamenti e pressioni da parte dello stesso professionista.

Oltre che sulla base di tali argomentazioni, l'esclusione in esame può giustificarsi anche in ragione del fatto che, di regola, i contratti stipulati tramite distributori automatici hanno ad oggetto beni o servizi di largo consumo e di modesto ed esiguo valore, per cui, conseguentemente, l'esigenza di tutela del consumatore risulta inferiore, per quanto in termini meramente quantitativi.

**13.** (Segue). *I contratti conclusi con gli operatori delle telecomunicazioni impiegando telefoni pubblici.*

La terza categoria di contratti esclusi dall'applicazione delle norme in esame è quella dei contratti «conclusi con gli operatori delle telecomunicazioni impiegando telefoni pubblici»: secondo la dottrina, la motivazione dell'esclusione deriverebbe dal fatto che gli operatori del settore delle telecomunicazioni, essendo titolari di concessioni, sarebbero soggetti ad un controllo pubblicistico che assicurerebbe il rispetto del principio di imparzialità, ovvero dalla considerazione che tali contratti sono destinati, per loro intrinseca natura, ad essere stipulati ed eseguiti in un lasso di tempo talmente ristretto da eliminare ogni margine di operatività concreta del recesso.

Affinché operi l'esclusione prevista dalla disposizione, il contratto deve vedere innanzitutto, come parti contrapposte, un consumatore ed un operatore delle telecomunicazioni. In questo caso, pertanto, il professionista e l'operatore della tecnica di comunicazione vengono a coincidere, lasciando supporre che i contratti conclusi con il consumatore abbiano per lo più ad oggetto servizi immediatamente fruibili da quest'ultimo (come può essere, ad esempio, la fornitura da parte dell'operatore di un servizio di segreteria telefonica automatica od un qualunque altro servizio attivabile telefonicamente).

Il carattere immateriale del bene o del servizio fornito e l'immediatezza con la quale l'operatore può adempiere l'obbligazione cui è tenuto comportano quindi il venir meno del rischio connesso alla distanza ed al differimento dell'esecuzione della prestazione. Inoltre, la collocazione spaziale del mezzo di comunicazione, situato in un luogo pubblico o comunque liberamente accessibile al

pubblico, esclude la possibilità che sia il professionista a raggiungere e ad importunare il consumatore tra le mura domestiche, ove la soglia di attenzione è certamente inferiore.

Quindi, le ragioni dell'esclusione dell'applicazione della disciplina normativa dei contratti a distanza alla fattispecie in esame sono da ravvisare nella qualità soggettiva del professionista, nel carattere istantaneo della prestazione dell'operatore, nonché nella collocazione del mezzo telefonico, elementi che appaiono sufficienti a garantire un grado di prudenza ed avvedutezza nel consumatore superiore rispetto ai restanti contratti a distanza.

**14.** (Segue). *I contratti relativi alla costruzione e alla vendita o ad altri diritti relativi a beni immobili, con esclusione della locazione.*

La scelta del legislatore di escludere dall'applicazione della norma in esame i contratti «relativi alla costruzione e alla vendita o ad altri diritti relativi a beni immobili, con esclusione della locazione» trova la propria fondamentale motivazione nella estrema difficoltà di armonizzare le discipline nazionali in materia di immobili e di diritti reali sugli stessi, e risponde alla tendenza a considerare i beni immobili estranei alla tematica dei consumi e alla tutela del consumatore, in quanto la rilevanza economica dell'accordo avente ad oggetto tali beni dovrebbe scongiurare un acquisto non ponderato ed il conseguenziale pentimento. Da questo punto di vista, l'esclusione è quindi da attribuire alla maggiore attenzione che i consumatori debbono utilizzare in questi contratti, unitamente alla considerazione circa la sufficienza delle formalità prescritte per la valida conclusione del contratto.

Per espressa previsione normativa, le locazioni immobiliari sono invece assoggettate alla disciplina sui contratti a distanza, in considerazione del fatto che tali contratti sono più frequentemente oggetto di negoziazioni *inter absentes*, anche in virtù e per effetto della diffusione di scambi informativi e stipulazioni per corrispondenza od utilizzando strumenti telematici.

La dottrina ritiene che non siano sottratti all'applicazione della normativa i contratti aventi ad oggetto la ristrutturazione o riparazione di immobile, mentre lo sarebbero quelli relativi alla multiproprietà. Questi ultimi, comunque, sono disciplinati dal d.lg. 9-11-1998, n. 427, in attuazione della direttiva 94/47/CE concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti re-



lativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili.

**15.** (Segue). *I contratti conclusi in occasione di una vendita all'asta.*

L'ultima categoria di contratti sottratti all'applicazione della normativa in esame è quella dei contratti «conclusi in occasione di vendite all'asta». La ragione della deroga è costituita dal fatto che la partecipazione e la presenza dei potenziali acquirenti in uno stesso luogo rappresenta un requisito essenziale della gara, e ciò determina il venir meno il requisito della distanza che giustifica la previsione di specifici meccanismi di tutela a vantaggio del consumatore acquirente. Non si può non osservare peraltro che la sempre maggiore diffusione delle aste telematiche imporrebbe l'applicazione anche a tali fattispecie della normativa in esame, dal momento che, come nei contratti a distanza, anche nelle aste online vi è l'impossibilità per l'acquirente di visionare dal vivo il bene oggetto della trattativa, e conseguentemente non si vede la ragione in virtù della quale, in questo caso, il venditore non sia tenuto a fornire in via preventiva al consumatore tutte le informazioni relative all'operazione da concludere (descrizione e caratteristiche del bene, prezzo, spese accessorie, ecc.). L'esclusione in esame trova applicazione, ovviamente, anche nel caso di scambi all'asta *consumer to consumer* (C2C), caratterizzati dal fatto che entrambe le parti dell'accordo rivestono la qualifica di consumatore.

In tema di vendite all'asta dispone anche il d.lg. n. 114/1998 («Vendita per corrispondenza, televisione, o altri sistemi di comunicazione»), che al 5° co. dell'art. 18 vieta espressamente tali operazioni di vendita se realizzate per mezzo della televisione o di altri sistemi di comunicazione, e stabilisce le sanzioni per l'inosservanza del divieto all'art. 22.

Il d.lg. n. 114/1998 limita il suo campo di applicazione agli scambi tra professionisti (commercio all'ingrosso) e agli scambi tra professionisti e consumatori (commercio al dettaglio, art. 4), mentre non regola gli scambi tra privati, né si applica ai servizi. L'intera normativa non si applica quindi alle vendite tra privati (C2C) né alle aste televisive e online tra consumatori (aste C2C).

Quanto disposto dall'art. 18 d.lg. n. 114/1998 deve essere conciliato con quanto stabilito dal d.lg. n. 185/1999, prima, e dall'art. 51 c. consumo, ora.

Infatti, mentre con il d.lg. n. 114/1998 il legislatore vieta «le operazioni di vendita all'asta» al dettaglio effettuate tramite mezzo televisivo o altri mezzi di comunicazione, dall'altro, con la disposizione di cui all'art. 51 c. consumo stabilisce che i contratti conclusi in occasione di una vendita all'asta sono esclusi dal campo di applicazione della disciplina dettata, ammettendo quindi implicitamente in via generale le vendite all'asta «a distanza».

Dal raffronto delle normative, nonché dalla collocazione del divieto stabilito dal d.lg. n. 114/1998, si ritiene che sia vietata la vendita «a mezzo dello strumento dell'asta» di beni del professionista fornitore mentre sarebbe lecita e fuori dell'ambito di applicazione del c. consumo l'attività di vendita all'asta svolta dal soggetto che si pone come semplice intermediario tra i partecipanti (1).

(1) L'asta propriamente detta infatti è stata considerata dal Consiglio di Stato non come mediazione di cui alla l. 20-3-1913, n. 272, ma come "agenzia d'affari", C. St., 17-1-1984, n. 259, *RFI*, 1986, *Commercio (disciplina del)*, n. 54.

**16.** (Segue). *Il riferimento alla tipologia contrattuale della vendita.*

Il contenuto dell'art. 50, lett. a), c. consumo, ed in particolare il richiamo alla tipologia contrattuale della "vendita", ha indotto i primi commentatori della norma ad adottare un'interpretazione restrittiva della stessa, ossia a ritenere che tale riferimento desse origine ad una limitazione oggettiva del campo di applicazione della normativa in esame.

Tale posizione non appare condivisibile.

Infatti, come emerge chiaramente dall'analisi delle disposizioni in tema di contratti a distanza, la volontà del legislatore è quella di salvaguardare il consumatore dai rischi derivanti dalle particolari modalità di conclusione del contratto, indipendentemente dalla tipologia contrattuale adottata.

Nello stesso senso depone anche l'art. 51 c. consumo che ricomprende espressamente i contratti di locazione nell'ambito di applicazione della normativa e indica inoltre alcune fattispecie contrattuali o particolari modalità di conclusione del contratto espressamente sottratte all'applicazione della stessa disciplina. Il legislatore, senza compiere alcuna precisazione circa le tipologie contrattuali utilizzabili, ha quindi ritenuto di escludere l'applicabilità della disciplina in esame

unicamente a quei determinati contratti che, o per essere già oggetto di specifica disciplina (contratti relativi ai servizi finanziari) o per la particolare attenzione prestata solitamente dal consumatore prima di addivenire alla stipula (contratti relativi alla costruzione di beni immobili) oppure per l'incompatibilità con la stipulazione a distanza (contratti conclusi mediante distributori automatici), rendono meno evidenti le ragioni di tutela del consumatore.

Il riferimento alla sola tipologia contrattuale della vendita, più che ad una precisa volontà del legislatore italiano, appare dunque conseguenza del recepimento pedissequo, e forse anche superficiale, da parte dello stesso della direttiva europea. Seppur non constino precedenti giurisprudenziali a riguardo, tuttavia, si ritiene che le perplessità cui potrebbe dare adito il disposto della norma siano facilmente superabili attraverso una lettura della norma che abbia di mira le esigenze di tutela del consumatore così come globalmente ed in modo chiaro emergono dall'impianto generale del codice del consumo.

**17. Il momento ed il luogo della conclusione del contratto.**

L'individuazione del momento della conclusione di un contratto a distanza rappresenta un fattore molto importante nella disciplina in esame, in quanto da esso discendono alcune conseguenze sia in ordine alle informazioni che, come si vedrà nei paragrafi seguenti, devono essere fornite «in tempo utile, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza» sia con riferimento al momento di decorrenza del termine per l'esercizio del diritto di recesso.

Il codice del consumo non fornisce alcuna indicazione in merito, è necessario quindi fare riferimento ai principi stabiliti dal codice civile.

In particolare, il 1° co. dell'art. 1326 c.c. stabilisce che «il contratto è concluso nel momento in cui, chi ha fatto la proposta, ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte». Inoltre, sulla base degli artt. 1334 e 1335 c.c., la proposta e l'accettazione producono i loro effetti dal momento in cui vengono a conoscenza del loro destinatario e si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia.

Alla luce di tali disposizioni, il contratto a distanza può ritenersi concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta, ossia il professionista, riceve

la comunicazione dell'accettazione da parte del consumatore.

Il contratto a distanza potrà concludersi anche attraverso lo schema previsto dall'art. 1327 c.c. («Esecuzione prima della risposta dell'accettante»), ossia nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione. Perché ciò sia possibile, tuttavia, è necessario che la prestazione debba eseguirsi, sulla base della natura dell'affare o degli usi o su richiesta del proponente, senza una preventiva risposta. L'accettante dovrà inoltre dare prontamente avviso all'altra parte dell'iniziata esecuzione altrimenti sarà tenuto al risarcimento del danno.

Anche l'individuazione del luogo di conclusione del contratto a distanza appare determinante per l'individuazione di alcune regole applicabili al rapporto.

Si fa riferimento, in particolare, all'art. 1368 c.c., che, in presenza di clausole contrattuali ambigue, stabilisce che esse s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è la sede dell'impresa.

Secondo la dottrina e giurisprudenza prevalenti, l'art. 1326 c.c. deve essere interpretato in modo estensivo, per cui il contratto si considera concluso non solo nel momento ma anche nel luogo in cui il proponente ha avuto notizia dell'accettazione dell'altra parte. Quindi, nel caso di contratto concluso a seguito di trattative avvenute a distanza, esso deve intendersi perfezionato a tutti gli effetti nel luogo in cui è stata ricevuta la comunicazione dell'accettazione della proposta del professionista.

**18. Informazioni per il consumatore.**

La tutela dei consumatori nei contratti a distanza si basa essenzialmente, oltre che sul diritto di recesso, di cui diremo in seguito, sul diritto all'informazione su tutti gli elementi del contratto e sulle circostanze rilevanti per la stipulazione ed esecuzione. I correlativi obblighi informativi, posti a carico del professionista, costituiscono uno dei cardini fondamentali dell'intera disciplina consumeristica. Essi, infatti, non riguardano solo la fattispecie dei contratti a distanza, ma sono invece previsti anche relativamente ad altre situazioni: si fa riferimento, in particolare, all'art. 47, per le informazioni sul diritto di recesso nei contratti conclusi fuori dai locali commerciali, agli artt. 70 e 71 in tema di contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili, all'art. 87 per la vendita di ser-

vizi turistici, all'art. 104, sugli obblighi del produttore e del distributore e sicurezza dei prodotti, e, infine, agli artt. 128 e 133, sulla garanzia legale di conformità e sulla garanzia convenzionale nella vendita di beni di consumo.

Il codice del consumo, così come già il d.lg. n. 185/1999, indica quindi una serie di informazioni che è necessario fornire al consumatore, e circa le modalità con cui devono essere appunto rese tali informazioni distingue tra *i*) informazioni precontrattuali e *ii*) conferma scritta di tali informazioni e messa a disposizione del consumatore di ulteriori informazioni (art. 53).

La prima ipotesi viene disciplinata dall'art. 52 c. consumo («Informazioni per il consumatore») in cui si trova l'elenco dettagliato di una serie di informazioni che il professionista deve fornire, e quindi il consumatore deve ricevere, «in tempo utile, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza». Da notare che le prime indicazioni in merito alle informazioni preliminari erano rinvenibili già nell'art. 4 della direttiva 97/7/CE, poi trasfuso nell'art. 3 d.lg. n. 185/1999.

Il contenuto di tali informazioni riguarda, in particolare, i seguenti aspetti:

- a) identità del professionista e, in caso di contratti che prevedono il pagamento anticipato, il suo indirizzo;
- b) caratteristiche essenziali del bene o del servizio;
- c) prezzo del bene o del servizio, comprese tutte le tasse e le imposte;
- d) spese di consegna;
- e) modalità di pagamento, della consegna del bene o della prestazione del servizio e di ogni altra forma di esecuzione del contratto;
- f) esistenza del diritto di recesso o di esclusione dello stesso, ai sensi dell'art. 55, 2° co.;
- g) modalità e tempi di restituzione o di ritiro del bene in caso di esercizio del diritto di recesso;
- h) costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, quando è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base;
- i) durata della validità dell'offerta e del prezzo;
- l) durata minima del contratto in caso di contratti di fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ad esecuzione continuata o periodica.

Tali informazioni devono essere fornite prima della conclusione del contratto e rientrano quindi in quel più ampio concetto di correttezza precontrattuale che il codice del consumo impone al professionista e che questi deve osservare nei rapporti con il consumatore.

Il quadro complessivo delle informazioni dovute al consumatore, in fase precontrattuale, si presenta dunque consistente e complesso anche da un punto di vista tipologico, a differenza di quanto accade nella normativa dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali, ove infatti l'obbligo di informazione a carico dell'operatore commerciale è limitato unicamente al solo diritto di recesso (art. 47).

Scopo precipuo delle articolate informazioni che precedono la conclusione del contratto a distanza è quello di porre il consumatore in una situazione nella quale il professionista non possa profittare del fatto che il consumatore non ha potuto, prima di effettuare l'ordine, controllare de visu il bene che intende acquistare o conoscere con sufficiente precisione la qualità del bene o del servizio al fine di consentirgli l'espressione di un consenso informato alla luce di una trattativa consapevole. Che tale sia la peculiare funzione assolta degli obblighi di informazione è dato pacifico, confermato anche dal tredicesimo *considerando* della direttiva 97/7/CE che evidenzia il fatto che «il consumatore non ha la possibilità in concreto di visionare il bene o di prendere conoscenza della natura del servizio prima della conclusione del contratto».

In conformità al principio di trasparenza e di chiarezza, anche per tali informazioni il legislatore ha precisato, ovviamente, che esse devono essere fornite, sia pure compatibilmente con la tecnica di comunicazione a distanza impiegata, in modo chiaro e comprensibile «osservando in particolare i principi di buona fede e di lealtà in materia di transazioni commerciali, valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili» (art. 52, 2° co.).

Il riferimento al concetto di buona fede, qui da intendersi in senso oggettivo, in quanto riferito al professionista, rimanda immediatamente a quanto disposto dall'art. 1337 c.c., la cui violazione dà luogo a responsabilità contrattuale. Per quanto riguarda il criterio di valutazione del principio di buona fede, l'art. 52 dispone che la stessa vada operata «alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili». Di diverso tenore, invece, la direttiva comunitaria 97/7/CE, la quale all'art. 4 stabiliva che fosse necessario osservare in particolare «i principi di lealtà in materia di transazioni commerciali e di protezione di coloro che secondo le

disposizioni legislative degli Stati membri sono incapaci di manifestare il loro consenso, come ad esempio i minori» (art. 4, 2° co., direttiva 97/7/CE). Come ha ben evidenziato la dottrina, peraltro con riferimento all'art. 3 del d.lg. n. 185/1999, ma l'identica formulazione dell'art. 52 in commento consente di riproporre tali osservazioni, l'attuale norma si libera dal riferimento all'incapacità di agire evidenziando invece l'obbligo di comportarsi lealmente, alla stregua della finalità protettiva di categorie particolarmente vulnerabili.

È possibile scorgere nella disposizione l'affiorare della nozione di consumatore c.d. medio, cioè quel soggetto che, sebbene non «necessariamente sprovvisto» (2), non risulta particolarmente qualificato dal punto di vista culturale e tecnico. Le informazioni di cui in esame dovranno quindi essere improntate alla massima chiarezza e trasparenza possibili, al fine di permettere allo stesso consumatore una scelta quanto più possibile consapevole e comunque non viziata da errori. In aggiunta a quanto appena detto, è inoltre da considerare che in applicazione del principio sancito dall'art. 1370 c.c., le clausole oscure o incomprensibili non saranno di per sé inefficaci, ma dovranno essere intese in modo favorevole alla parte più debole, ossia il consumatore.

È evidente quindi che, in questi casi, la chiarezza e trasparenza, considerata la particolare tutela, saranno richieste in misura maggiore rispetto ai contratti conclusi con altri soggetti e dovranno essere apprezzate tenendo conto del consumatore ideale medio, cui si è appena fatto cenno, non del consumatore che in concreto ha sottoscritto il contratto.

Si rileva infine che l'art. 52 c. consumo (così come pure il successivo art. 53, ad esso strettamente collegato), nell'affermare che destinatario delle informazioni è il consumatore, tralascia di indicare espressamente quale sia il soggetto titolare del corrispondente obbligo di informazione. È peraltro di tutta evidenza che tale obbligo è da porsi a carico del professionista: un'indicazione in tal senso è infatti rintracciabile nell'art. 5 d.lg. n. 50/1992 che, a differenza degli artt. 4 e 5 d.lg. n. 185/1999, individuava chiaramente nell'operatore commerciale (ora "professionista") il soggetto tenuto ad adempire l'obbligo di informazione a favore del consumatore.

(2) T. Parma, 14-3-1985, *RDI*, 1985, II, 332.

#### 19. (Segue). *Le informazioni preliminari.*

Le informazioni preliminari cui si è accennato nel paragrafo precedente ed elencate nel 1° co. dell'art. 52, lett. da *a*) a *l*), costituiscono dati essenziali per la conclusione di qualsiasi tipo di contratto.

Le peculiarità dei contratti a distanza impongono però alcune osservazioni e precisazioni.

La previsione di cui alla lett. *a*) riguarda la comunicazione dell'identità del professionista, nonché, nei soli contratti a pagamento anticipato, del suo indirizzo. Tale ultima prescrizione è chiaramente collegata alla necessità di una più ampia tutela del consumatore, in considerazione del fatto che, stante la previsione del pagamento anticipato, questa tipologia di contratti lo espone maggiormente a rischi rispetto ad altre.

Tale esigenza era già avvertita ed espressa nella raccomandazione 92/295/CE della Commissione del 7-4-1992, la quale, seppur relativa ai codici di comportamento per la tutela dei consumatori in materia di contratti negoziati a distanza, nel V *considerando* affermava testualmente che «il pagamento anticipato può porre un problema di sicurezza finanziaria per il consumatore» ed «il rischio è particolarmente elevato quando l'impresa è difficilmente identificabile e localizzabile».

Alla luce di ciò, il legislatore comunitario, dapprima, e quindi quello nazionale, hanno pertanto ritenuto necessario che il consumatore abbia a disposizione tale informazione, in modo da garantirgli la possibilità di contattare rapidamente il professionista, comunicando con quest'ultimo per qualsiasi questione.

Da segnalare ancora che l'indicazione delle modalità di pagamento di cui alla lett. *e*) viene richiamata direttamente dall'art. 56 («Pagamento mediante carta»), il quale consente al consumatore di pagare utilizzando una carta, purché ciò costituisca oggetto di una specifica previsione contrattuale.

La previsione di cui alla lett. *g*), colmando una lacuna presente nella direttiva, richiede che sia fornita al consumatore l'informazione circa le modalità ed i tempi di restituzione o di ritiro del bene in caso di esercizio del diritto di recesso. Un'analoga previsione, ad esempio, non vi era nel d.lg. n. 50/1992 per cui il consumatore, a volte, non sapeva nemmeno dell'esistenza dell'obbligo di consegna, in caso di esercizio del diritto di recesso, inoltre poteva capitare che non sapesse proprio come ottemperare a tale obbligo, vuoi per l'insicurezza circa il luogo dove far ritornare

la merce, vuoi per le modalità vuoi per l'incertezza circa l'onere delle spese.

La norma in esame prescrive ancora che lo scopo commerciale dell'offerta deve essere inequivocabile, e ciò è espressione di un radicato indirizzo della disciplina comunitaria rinvenibile, ad esempio, nelle normative in materia di pubblicità ingannevole o comparativa, in cui si evidenzia, in modo ricorrente, il requisito della trasparenza relativa alla natura della comunicazione (ad esempio, artt. 2 e 4, d.lg. 25-1-1992, n. 74).

Il 3° co. dell'art. 52 impone al professionista, nel caso di comunicazioni telefoniche, a pena di nullità del contratto, di precisare, sin dall'inizio della conversazione telefonica, lo scopo commerciale e la propria identità. Anche con riferimento all'utilizzo della posta elettronica, attraverso il rinvio all'art. 9 del d.lg. n. 70/2003, è stato previsto che le comunicazioni commerciali non sollecitate trasmesse per posta elettronica devono essere identificate come tali, in modo chiaro e inequivocabile, sin dal momento in cui il destinatario le riceve e devono contenere l'avvertimento che quest'ultimo può opporsi al ricevimento in futuro di tali comunicazioni. Tale disposizione, peraltro, va letta unitamente a quanto disposto dal successivo art. 58, 1° co., nonché dal d.lg. n. 196/2003 in materia di trattamento dei dati personali (c.d. c. privacy), per cui è comunque necessario che il professionista abbia ottenuto un previo consenso all'invio di comunicazioni commerciali per e-mail onde evitare di essere tenuto al risarcimento degli eventuali danni (da spamming) subiti dal consumatore.

Il 4° co. dell'art. 52 c. consumo, riguarda l'utilizzo della lingua italiana con cui devono essere trasmesse le informazioni. Tale previsione è stata formulata sulla base di quanto disposto dall'undicesimo *considerando* della direttiva 97/7/CE, il quale demandava ai singoli Stati membri tale questione sulla base del fatto che «l'uso delle lingue in materia di contratti a distanza rientra nelle competenze degli Stati membri».

Il legislatore nazionale ha previsto quindi che le informazioni devono essere trasmesse in lingua italiana a condizione che:

i) vi sia una specifica richiesta in tal senso da parte del consumatore;

ii) si tratti di contratti con utilizzazione di tecniche che consentono una comunicazione individuale quali, ad esempio, il telefono, il videotelefono, il fax, la posta elettronica.

Ricorrendo tali presupposti, l'utilizzo della lingua italiana si riverbera anche sugli obblighi di conferma e di ulteriori informazioni di cui all'art. 53. Infine, l'ultimo comma dell'art. 52 prescrive che alle informazioni sinora analizzate devono essere cumulati, in caso di commercio elettronico, gli obblighi informativi prescritti dall'art. 12 d.lg. n. 70/2003, che ha recepito la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico.

#### **20. Conferma scritta delle informazioni.**

In merito alle informazioni che devono essere fornite dal professionista, considerato che «l'informazione diffusa da talune tecnologie elettroniche ha spesso un carattere effimero in quanto essa non è ricevuta su un supporto durevole» (direttiva 97/7/CE), si è avvertita la necessità che il consumatore disponesse, per iscritto o su supporto durevole, di alcuni dati necessari ai fini della buona esecuzione del contratto. Il legislatore ha quindi ritenuto di proteggere il consumatore sotto il duplice aspetto a) della previsione di una serie di informazioni che devono obbligatoriamente essergli fornite prima della conclusione del contratto e b) della necessità della conferma scritta o su altro supporto duraturo delle stesse, in modo tale che le stesse informazioni siano facilmente accessibili per lo stesso soggetto.

In tal senso, l'art. 53 c. consumo sancisce espressamente il diritto del consumatore di ricevere conferma, per iscritto o su altro supporto durevole a sua scelta ed a lui accessibile, prima o al momento dell'esecuzione del contratto, delle medesime informazioni di cui all'art. 52, 1° co.

Con la disposizione in esame il legislatore si è preoccupato di assicurare la buona esecuzione del contratto, confortata dal possesso da parte del consumatore di informazioni necessarie per esercitare i propri diritti; è stato quindi ritenuto opportuno stabilire la necessità di una conferma in forma specifica di determinate informazioni, e ciò in aggiunta agli obblighi di informazione preventiva stabiliti nell'art. 52 c. consumo, di cui si è detto in precedenza.

Da segnalare che mentre la direttiva comunitaria n. 97/7/CE rimetteva la scelta della forma della conferma delle informazioni al professionista offerente, il legislatore italiano, ad ulteriore garanzia del consumatore stesso, ha previsto che tale facoltà spetti a quest'ultimo, il quale, sulla base delle proprie valutazioni ed esigenze, potrà quindi stabilire la forma più appropriata in cui intende ricevere le informazioni dovutegli.

Sempre la direttiva 97/7/CE limitava all'art. 5 la conferma delle informazioni dovute al consumatore ai casi di cui alle lett. da *a*) ad *f*) dell'art. 4, escludendo il costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione, la durata della validità dell'offerta e la durata minima del contratto; quanto al termine entro cui effettuare la conferma, tale normativa stabiliva che essa dovesse essere resa in tempo utile all'atto dell'esecuzione e al più tardi al momento della consegna. La conferma delle informazioni era inoltre dovuta a meno che esse non fossero già state fornite per iscritto o su altro supporto duraturo prima della conclusione del contratto.

Il legislatore italiano, recependo quanto stabilito dalla direttiva, con un apprezzabile intervento di semplificazione, ha esteso l'obbligo della conferma a tutte le informazioni preventive ed uniformato per tutte le ipotesi il termine al momento dell'esecuzione del contratto.

Come si avrà modo di analizzare meglio in seguito, la mancata prestazione della conferma scritta delle informazioni determina:

- a*) l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria ex art. 62 c. consumo;
- b*) l'ampliamento del termine entro il quale il consumatore può esercitare il diritto di recesso, ai sensi del 3° co. dell'art. 65.

Relativamente alle conseguenze derivanti dalla violazione dei doveri di informazione, si può sottolineare che, mentre quanto previsto sub *a*) evidenzia la natura pubblica dell'interesse tutelato, ossia quello al corretto svolgimento del mercato a distanza, quanto sub *b*) dimostra anche l'attenzione da parte del legislatore per l'interesse privato del singolo consumatore che abbia contratto a distanza.

La mancata conferma delle informazioni o la significativa difformità tra le informazioni preliminari e la conferma delle stesse possono incidere anche sulla validità e quindi sull'efficacia del contratto stipulato. Tuttavia, in merito alle tipologie rimediali cui potrebbe essere soggetto il contratto a distanza, non vi è tra gli interpreti uniformità di vedute.

Secondo un primo orientamento (Valentino), laddove il professionista non fornisca informazioni (o le fornisca incomplete) relativamente a caratteri essenziali del bene o del servizio oggetto del contratto, potrà aversi, nei casi più gravi, la nullità dell'intero negozio per indeterminatezza dell'oggetto.

Altri (Gentili), invece, considerano applicabile la disciplina sul dolo determinante nel caso in cui l'assenza di informazioni celi il tentativo della parte imprenditoriale di ingannare il consumatore.

Il professionista ha anche l'onere di verificare che il consumatore abbia ricevuto la conferma, come sembra dimostrare anche la terminologia adoperata dalla norma, ove si afferma che il consumatore «deve ricevere conferma per iscritto».

Sia le informazioni «precontrattuali» che quelle «aggiuntive» da darsi «prima od al momento della esecuzione del contratto» dovranno essere formulate in modo chiaro e comprensibile, con l'osservanza dei principi di buona fede e di lealtà in materia di transazioni commerciali, valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili ed avendo, inoltre, come parametro di riferimento il consumatore medio, di cui si è detto in precedenza.

Pressoché nei medesimi termini si esprime anche l'art. 1, 2° co., legge n. 281/1998, che riconosce come diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti, tra gli altri, quelli «ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità» [lett. *c*)] ed inoltre «alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi» [lett. *e*)].

#### **21.** (Segue). *Ulteriori informazioni ex art. 53 c. consumo.*

La seconda parte del 1° co. dell'art. 53 c. consumo stabilisce che prima o al momento della esecuzione del contratto e nelle stesse forme, ossia per iscritto o su altro supporto durevole, devono comunque essere fornite al consumatore anche:

- a*) un'informazione sulle condizioni e le modalità di esercizio del diritto di recesso, ai sensi della Sezione IV del Capo I, inclusi i casi di cui all'art. 65, 3° co.;
- b*) l'indirizzo geografico della sede del professionista a cui il consumatore può presentare reclami;
- c*) le informazioni sui servizi di assistenza e sulle garanzie commerciali esistenti;
- d*) le condizioni di recesso dal contratto in caso di durata indeterminata o superiore ad un anno.

Quanto previsto dalla lett. *a*) costituisce un'integrazione della lett. *f*) dell'art. 52, sull'esistenza del diritto di recesso o sua eventuale esclusione nei casi previsti dal 2° co. dell'art. 55. Sulla base di tali disposizioni il professionista dovrà quindi

fornire al consumatore una dettagliata indicazione circa le condizioni del recesso e le precise modalità per esercitare tale diritto.

Seppur nelle intenzioni del legislatore le informazioni in esame sono volte a mettere il consumatore a piena conoscenza del diritto di recesso e, conseguentemente, nella condizione di valutare se esercitarlo o meno, non si può non rilevare che l'applicazione pratica di tali disposizioni, anche a causa dei numerosi rimandi contenuti nelle disposizioni di cui si discute, si risolva, nella prevalenza dei casi, nella pedissequa riproposizione letterale del disposto delle norme in esame. Con ciò togliendo gran parte dell'effettività alla predisposta tutela.

La lett. b) dell'art. 53 sopra richiamata prescrive che tra le informazioni che devono essere confermate al consumatore per iscritto vi è anche quella relativa all'indirizzo geografico della sede del fornitore. Alla nozione di "indirizzo geografico" fa pure riferimento l'art. 67 quinquies c. consumo, in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

Come osserva la dottrina (Regoli) l'aggettivo "geografico" viene utilizzato dal legislatore per indicare l'indirizzo "reale" in contrapposizione all'indirizzo "virtuale", dunque elettronico o telematico. Ciò nell'ottica di agevolare il consumatore nell'eventualità che egli intenda presentare reclamo relativamente al contratto concluso con il professionista.

Quanto appena affermato porta quindi ad escludere che l'informazione di cui si discute possa ritenersi effettivamente fornita qualora il professionista si limiti a comunicare il proprio indirizzo di posta elettronica. In tal senso depone infatti il tenore letterale della norma, la quale peraltro, a parer di chi scrive, potrebbe essere integrata con la previsione, in luogo dell'indirizzo geografico o in aggiunta allo stesso, dell'indirizzo di posta elettronica certificata (PEC). L'utilizzo di tale strumento appare decisamente più in linea con l'attuale stato della tecnologia e consentirebbe al consumatore di agire in modo altrettanto immediato e con tutte le sicurezze giuridiche del caso. La lett. c) è relativa alle informazioni sui servizi di assistenza nonché alle garanzie commerciali esistenti.

Mentre il primo aspetto fa riferimento all'indicazione dei centri di assistenza clienti, corredata dai relativi recapiti, l'espressione "garanzie commerciali" rimanda sia alle garanzie legali di carattere generale, comuni nei casi di vendita o contratti a

questa assimilabili (vizi, evizione, buon funzionamento), sia alle garanzie convenzionali, accordate solitamente dal produttore, sia, nel caso di beni di consumo, alle garanzie legali o convenzionali sulla conformità dei beni al contratto, ai sensi dell'art. 128 ss. c. consumo.

Ancora di recesso parla l'ultima lettera del 1° co. dell'art. 53, relativa all'ipotesi che il contratto abbia durata indeterminata o superiore ad un anno. In questo caso si tratta di ipotesi diversa dal diritto di recesso come disciplinato dalla Sezione IV del Capo I c. consumo. La fattispecie richiama piuttosto la disposizione del 2° co. dell'art. 1373 c.c., relativa al recesso dai contratti a prestazione continuata o periodica, ed è in questi casi applicabile come disciplina generale.

## **22.** (Segue). *Esclusione dall'obbligo di conferma delle ulteriori informazioni.*

Il 2° co. dell'art. 53 c. consumo esonera il professionista dal confermare per iscritto le informazioni in caso di «servizi la cui esecuzione è effettuata mediante una tecnica di comunicazione a distanza, qualora i detti servizi siano forniti in un'unica soluzione e siano fatturati dall'operatore della tecnica di comunicazione».

Rinviano a quanto verrà detto in seguito, si accenna ora al fatto che l'ipotesi prevista dal comma in esame costituisce, insieme a quanto stabilito dal 1° co. dell'art. 55, una delle tre situazioni in cui il legislatore esclude l'obbligo di informazione.

L'esclusione in esame, peraltro, è solo parziale e riguarda unicamente la conferma delle informazioni disposta dal 1° co. dell'articolo mentre anche nelle fattispecie de qua permane l'obbligo del professionista di fornire le informazioni di cui all'art. 52 c. consumo, oltre, come si vedrà, all'indirizzo geografico della sede del professionista.

L'espressione che si ritrova nel 2° co. («servizi la cui esecuzione è effettuata mediante una tecnica di comunicazione a distanza, qualora i detti servizi siano forniti in un'unica soluzione e siano fatturati dall'operatore della tecnica di comunicazione») fa riferimento ai servizi con utilizzo istantaneo (es., downloading di software o file musicali dal web, servizi televisivi di pay per view) e si ritiene che la ratio di questa particolare esclusione si spieghi alla luce del criterio di adeguatezza: in questo caso, alla distanza tra le parti del contratto si aggiunge l'elemento dell'istantaneità delle fasi della contrattazione, per cui conclusione, esecuzione e fatturazione avvengono

quasi senza soluzione di continuità, ed in modo tale che non vi sia spazio per l'esercizio del diritto di recesso. Da qui discende l'inutilità per il consumatore di ricevere informazioni relative ad elementi di un rapporto contrattuale ormai conclusi. Relativamente a quanto appena evidenziato, parte della dottrina (Fraternali), seppur con riferimento alla disciplina previgente (d.lg. n. 185/1999, art. 4), sosteneva l'opportunità di estendere anche per i tipi di contratti in esame l'obbligo di dare le informazioni di cui alle lettere *c*) (informazioni su servizi di assistenza e sulle garanzie commerciali esistenti) e *d*) (condizioni di recesso dal contratto in caso di durata indeterminata o superiore ad un anno) dell'art. 4 d.lg. n. 185/1999 (ora 53 c. consumo) sulla base dell'osservazione che nella prassi di tale tipologie contrattuali si formano contratti di durata indeterminata o superiore ad un anno.

Tale osservazione non appare, allo scrivente, accoglibile in quanto non tiene conto del dettato normativo che stabilisce testualmente che i servizi debbano essere forniti in un'unica soluzione (art. 53, 2° co., c. consumo).

Come si è anticipato, l'ultima parte del 2° co. dell'art. 53 stabilisce che anche nelle ipotesi di esclusione appena analizzate il consumatore conserva il diritto di ricevere l'indicazione dell'indirizzo geografico della sede del professionista cui poter presentare eventuali reclami o indirizzare azioni giudiziarie.

### 23. (Segue). *Supporto duraturo. Nozione.*

L'art. 53 c. consumo attribuisce al consumatore la facoltà di scelta circa la possibilità di ricevere le informazioni previste dall'art. 52, 1° co., per iscritto o, a sua scelta, su altro «supporto duraturo a sua disposizione ed a lui accessibile».

Della nozione di supporto duraturo non vi è alcuna traccia nel codice del consumo.

Di supporto "durevole" si occupa invece la direttiva n. 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23-9-2002 concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori (e che modifica la direttiva n. 90/619/CEE del Consiglio e le direttive n. 97/7/CE e n. 98/27/CE) all'art. 2 («Definizioni»), lett. *f*). Essa definisce "supporto durevole" qualsiasi strumento che permetta al consumatore di memorizzare informazioni a lui personalmente dirette in modo che possano essere agevolmente recuperate durante un periodo di tempo adeguato ai fini cui sono destinate le informazioni stesse, e che

consenta la riproduzione immutata delle informazioni memorizzate [direttiva n. 2002/65/CE, art. 2, lett. *f*]).

Ancora, il ventesimo *considerando* della direttiva afferma che «i "supporti durevoli" comprendono in particolare i dischetti informativi, i CD-ROM, i DVD e il disco fisso del computer del consumatore che tiene in memoria messaggi di posta elettronica, ma non comprendono i siti Internet tranne quelli che soddisfino i criteri di cui alla definizione di supporto durevole».

Sebbene il legislatore italiano non si sia conformato all'espressione usata dalla direttiva ("supporto durevole"), sintomo ciò di una scarsa attenzione dello stesso al coordinamento tra disposizioni normative, non pare vi siano dubbi in merito al fatto che, nell'uno e nell'altro caso, i riferimenti siano al medesimo concetto, mantenendo in tal modo inalterato l'obiettivo principale della norma in esame, che è quello di fornire e confermare al consumatore determinate informazioni in modo non effimero, e quindi durevole (o duraturo). Di questo si ha conferma dall'equiparazione, rilevabile al 1° co., tra lo scritto ed il supporto duraturo, equiparazione che evidenzia più precisamente l'aspetto finalistico — sostanziale, piuttosto che formale —, della norma. Ciò ha indotto parte della dottrina a qualificare quella in questione come "forma ad informationem tantum" (Moscarini).

### 24. (Segue). *Derogabilità degli obblighi di informazione.*

Gli artt. 52 e 53 c. consumo, appena analizzati, prevedono una serie di informazioni che devono essere fornite (prima della conclusione del contratto) o confermate (prima o al momento dell'esecuzione) dal professionista, per evitare le conseguenze di cui si è detto in precedenza. Le norme stabiliscono quindi un preciso obbligo a carico, appunto, del professionista, che determina il sorgere di un corrispondente diritto a favore del consumatore.

Una questione sorta in dottrina riguarda la possibilità che tali obblighi di informazione siano derogabili, e ciò nel senso dell'ammissibilità che una qualsiasi delle informazioni prevista dalle norme non venga del tutto fornita ovvero, anziché "prima della conclusione del contratto", venga fornita successivamente alla stipula dello stesso.

Per poter rispondere a tale interrogativo è necessario analizzare la possibilità che la suddetta de-



roga possa in qualche modo dare origine ad una rinuncia al proprio diritto (all'informazione) da parte del consumatore, rinuncia che, come noto, sarebbe nulla stante il disposto dell'art. 143 c. consumo.

È possibile individuare due ipotesi:

a) la deroga agli obblighi di legge consiste in una modifica delle sole modalità con cui le informazioni stesse vengono rese dal professionista e/o ricevute dal consumatore;

b) la deroga si sostanzia nell'omissione di una o alcune delle informazioni analiticamente previste dagli artt. 52 e 53.

Prima facie l'ipotesi sub a) non parrebbe creare i problemi di nullità cui si è fatto cenno in precedenza: il professionista, infatti, fornisce tutte le informazioni, ma, d'accordo con il consumatore, secondo modalità differenti da quelle previste dalla legge, per cui, il soggetto debole del rapporto non rinuncia in alcun modo ad avere una diminuita informazione sul bene o sul servizio che è in procinto di acquistare.

Una rinuncia è invece ravvisabile nella seconda ipotesi, dal momento che attraverso la deroga nel senso di cui si è detto, intesa come omissione di una o alcune delle informazioni, anche se formalizzata contrattualmente tra le parti, si giungerebbe al risultato di una dichiarazione da parte del consumatore diretta a dismettere il diritto stesso, configurabile quindi come rinuncia implicita. Ma ciò non è codicisticamente ammissibile.

Nonostante l'esemplificazione appena fatta, tuttavia, non si può non riconoscere che l'applicazione pratica delle norme di cui si discute richiede comunque un attento e specifico esame di ogni situazione che si ponga all'attenzione dell'interprete, in quanto anche deroghe contrattuali apparentemente neutre, come quelle di cui sub a), ai fini informativi che qui rilevano, potrebbero invece, nella sostanza, aggirare il disposto normativo, ad esempio, prevedendo che le informazioni ex art. 52, o anche solo alcune di esse, vengano fornite solo alla conclusione del contratto.

#### **25. Violazione degli obblighi di informazione. Generalità.**

L'inadempimento agli obblighi di informazione non è privo di effetti ma anzi comporta una serie di sanzioni e conseguenze a carico del professionista, alcune positivamente previste dal codice del consumo, altre invece desumibili e ricavabili sulla base della disciplina generale del contratto. A tal proposito, l'art. 11, par. 1, della direttiva

97/7/CE stabiliva che gli Stati membri devono predisporre «mezzi adeguati per assicurare il rispetto delle disposizioni nazionali per l'attuazione» della direttiva stessa nell'interesse dei consumatori. Per ottemperare al disposto di tale norma il legislatore italiano ha quindi introdotto l'art. 12 d.lg. n. 185/1999, ora riprodotto nell'art. 62 («Sanzioni») c. consumo.

Tale ultima disposizione stabilisce che qualora il professionista non fornisca l'informazione al consumatore, ovvero ostacoli l'esercizio del diritto di recesso ovvero fornisca informazione completa o errata o comunque non conforme sul diritto di recesso da parte del consumatore secondo le modalità di cui agli artt. 64 e seguenti, si determina l'irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria da euro cinquecentosedici ad euro cinquecentosessantacinque, salva l'applicazione della legge penale se il fatto costituisce reato.

Il 2° co. dell'art. 62 prevede il raddoppio dei limiti massimo e minimo della sanzione in caso di particolare gravità o recidiva.

Da rilevare che la previsione di sanzioni amministrative era imposta anche dalla legge delega 24-4-1998, n. 128, c.d. legge comunitaria 1995-97, che prevedeva l'irrogazione di sanzioni amministrative e penali per le infrazioni alle disposizioni dei decreti attuativi delle disposizioni comunitarie.

#### **26. (Segue). Violazione degli artt. 52 e 53 c. consumo.**

Circa le conseguenze dell'inadempimento agli obblighi informativi, da un punto di vista prettamente civilistico, è necessario distinguere tra quelle derivanti dalla violazione:

i) dell'obbligo di informazione da adempersi «in tempo utile, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza», secondo quanto disposto dall'art. 52, 1° co., c. consumo, ovvero

ii) dell'obbligo di fornire la conferma scritta di dette informazioni e di quelle ulteriori ed aggiuntive da adempiere «prima od al momento della esecuzione del contratto», in accordo con quanto previsto dall'art. 53, 1° co.

Relativamente alla prima ipotesi, è da osservare che la sanzione mira a garantire il consumatore il quale, già nella fase precedente la conclusione del contratto, deve disporre di tutte le informazioni indicate dal legislatore, che devono inoltre essere fornite dal professionista (e percepite dal consumatore stesso) in modo chiaro e comprensibile, ed osservando i principi di buona fede e di

lealtà in materia di transazioni commerciali, valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili. L'intento del legislatore è quello di far sì che, in generale, i contratti con i consumatori siano il più possibile chiari e trasparenti.

Con riferimento agli obblighi informativi, l'art. 52 sanziona anche i seguenti comportamenti:

— mancata dichiarazione dell'identità del professionista e dello scopo commerciale, in caso di comunicazioni telefoniche: in tale ipotesi, la sanzione prevista è quella della nullità del contratto;

— mancato impiego della lingua italiana in caso di tecniche che consentono una comunicazione individuale ed il consumatore lo richieda.

Le due ipotesi appena indicate, espressamente previste dal 3° e 4° co. dell'art. 52, appaiono dalla dubbia valenza pratica, se solo si considera l'estrema difficoltà, posta a carico del consumatore, nel riuscire a dimostrare che, pur quando ciò corrisponda al vero, all'inizio della conversazione a "fini contrattuali", egli non sia stato inequivocabilmente reso edotto dell'identità del fornitore e dello scopo commerciale della telefonata.

La sanzione della invalidità rischia quindi di essere inutiliter data, se non si accompagna ad una previsione che ponga, nel contempo, a carico del professionista, l'onere di provare l'adempimento dell'obbligo di informazione o di essere addirittura dannosa, qualora venga eccepita dallo stesso professionista che valuti conveniente "sciogliersi" in tal modo dal vincolo contrattuale. A tal proposito, poco felice è stata la scelta del legislatore nazionale di non recepire il disposto dell'art. 11, 3° co., lett. a), della direttiva 97/7/CE, che, in coerenza con il ventiduesimo *considerando*, consentiva agli Stati membri di stabilire che l'onere della prova dell'esistenza di una informazione preliminare, di una conferma scritta, o del rispetto dei termini e del consenso del consumatore può essere a carico del fornitore.

**27.** (Segue). *Violazione degli obblighi informativi e recesso.*

Il mancato rispetto degli obblighi informativi da parte del professionista ha conseguenze dirette anche con riferimento all'esercizio del recesso. Il 2° co. dell'art. 65 c. consumo, circa il termine di decorrenza dell'esercizio di tale diritto ex art. 64, stabilisce infatti che esso decorre:

a) per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore ove siano stati soddisfatti gli obblighi di informazione di cui all'art. 52 o dal

giorno in cui questi ultimi siano stati soddisfatti, qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto purché non oltre il termine di tre mesi dalla conclusione stessa;

b) per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto o dal giorno in cui siano stati soddisfatti gli obblighi di informazione di cui all'art. 52, qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto, purché non oltre il termine di tre mesi dalla conclusione stessa.

L'ipotesi ordinaria prevista dalla norma stabilisce che qualora gli obblighi contenuti all'art. 52 vengano regolarmente adempiuti prima della conclusione del contratto, il recesso potrà essere esercitato entro dieci giorni lavorativi decorrenti, come si è visto, per i beni, «dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore» [art. 65, 2° co., lett. a)] e, per i servizi, «dal giorno della conclusione del contratto» [art. 65, 2° co., lett. b)].

Diversamente, qualora detti obblighi vengano adempiuti «dopo la conclusione del contratto», ma non oltre tre mesi dalla conclusione stessa, si avrà un mutamento del dies a quo da cui prenderà a decorrere il termine per l'esercizio del diritto di recesso, che coinciderà, sia nel caso di contratto avente ad oggetto beni sia nel caso in cui siano prestati servizi, «dal giorno in cui siano soddisfatti gli obblighi di informazione».

Il 3° co. dell'art. 65 prevede e disciplina, invece, la situazione di inadempimento più grave, che si ha quando gli obblighi di cui si discute non siano invece adempiuti né prima né al momento né dopo la conclusione del contratto. Ciò determina un'estensione della durata del termine previsto per l'esercizio del diritto di recesso, non più pari a dieci giorni, bensì prolungato sino a novanta giorni che decorrerà, per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore e, per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto.

Relativamente al comma da ultimo citato, da sottolineare l'estrema artificiosità del suo contenuto, dovuta ad un articolato gioco di rimandi ad altri articoli, che obbligano e costringono l'interprete ad uno sforzo non comune. In particolare, la sopra evidenziata estensione fino a novanta del termine per il recesso è prevista qualora «il professionista non abbia soddisfatto per i contratti a distanza, gli obblighi di informazione di cui agli articoli 52, 1° co., lettere f) e g), e 53» (art. 65, 3° co., c. consumo).

Il riferimento alle sole lett. f) (sull'esistenza o esclusione del recesso) e g) (sulle modalità e tem-

pi di restituzione o ritiro del bene in caso di esercizio del recesso) dell'art. 52 pare scelta non del tutto felice in quanto, ponendo l'attenzione unicamente su due dati, sembrerebbe ammettere l'estensione del recesso solo in tali casi.

Tuttavia, ad un'attenta analisi della norma nel suo complesso, si deve osservare che, attraverso il richiamo agli obblighi dell'art. 53, il legislatore ha inteso contemplare, quali ipotesi di allungamento del termine per il recesso, tutti i casi in cui vi sia la mancata conferma per iscritto o, per scelta del consumatore, su altro supporto, delle informazioni tutte dell'art. 52, 1° co. Inoltre, ponendo l'attenzione sul significato del termine "conferma", di cui all'art. 53, è facile osservare che in tanto si possa parlare di conferma (e quindi si possa ritenere assolto l'obbligo relativo previsto dall'articolo da ultimo richiamato) in quanto, in un momento precedente, sia stata fornita l'informazione di cui al 1° co. dell'art. 52.

In altri termini, non è possibile ritenere adempiuto l'obbligo di conferma di cui all'art. 53, qualora non siano state precedentemente fornite tutte le informazioni richieste dall'art. 52, 1° co.

Da ciò si ricava, quindi, che il riferimento alle sole lett. f) e g) di cui si è detto in precedenza, altro non è che la manifestazione di una maldestra ed approssimativa tecnica legislativa.

Il 4° co. dell'art. 65 prevede, infine, che l'allungamento del termine per il recesso si verifichi anche nel caso in cui il professionista fornisca una informazione incompleta o errata che non consenta il corretto esercizio del diritto di recesso.

È discusso in dottrina se anche la mancata od inesatta comunicazione delle informazioni di cui agli artt. 52 e 53, 1° co., possa comunque legittimare il ricorso ad ulteriori strumenti di reazione. Così, vi è chi (De Cristofaro), con riferimento al disposto dell'art. 53, sostiene che alla mancata conferma per iscritto di tali informazioni segua soltanto il prolungamento del periodo di riflessione entro cui è possibile esercitare il recesso, mentre tale vicenda non avrebbe conseguenze sul regolamento negoziale, i cui contenuti sono e rimangono quelli fissati in occasione del perfezionamento dell'accordo, né tanto meno sulla validità ed efficacia del contratto.

Se da un lato, l'omessa conferma delle informazioni non appare effettivamente idonea a produrre conseguenze sul piano della validità del contratto, dall'altro, ossia dal punto di vista effettuale, invece, essa ha un'incidenza ben maggiore.

Infatti, il solo ampliamento a titolo sanzionatorio

dei termini per il recesso appare rimedio sostanzialmente inidoneo a garantire una protezione adeguata per il consumatore. Tale meccanismo, infatti, nel limitarsi ad operare un mero rinvio del momento dal quale il contratto non sarà più assoggettabile al recesso del consumatore, non consente di rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla mancanza di informazione.

Conclusione che appare condivisibile anche per il caso di mancata conferma delle informazioni prevista dall'art. 53, ove, peraltro, la specificità della disciplina dettata per il contratto a distanza rende necessario un ragionamento più articolato. Infatti qualora le informazioni ex art. 52 siano già state date in forma scritta o su altro supporto idoneo scelto dal consumatore ed a lui accessibile e disponibile, l'omessa conferma delle stesse non produrrà conseguenza alcuna, mentre nel caso di informazioni precontrattuali date oralmente o con altra forma che non consente al consumatore di potervi accedere in modo stabile, la mancata conferma, per iscritto od in altra forma scelta dal consumatore, comporterà una situazione equiparabile ad una assenza totale di informazione.

In quest'ultimo caso, così come nell'ipotesi in cui le informazioni fossero false, inesatte, incomplete, è ammesso il ricorso da parte del consumatore anche agli altri rimedi ordinari della nullità, annullamento, risoluzione del contratto, se ne ricorrono i presupposti. Si tratta del recesso corrispondente al c.d. diritto di pentimento.

#### **28.** (Segue). *Procedimento di applicazione delle sanzioni.*

Il 3° co. dell'art. 62 c. consumo stabilisce che le sanzioni di cui si è detto in precedenza sono applicate ai sensi della l. 24-11-1981, n. 689 («Modifiche al sistema penale») e che all'accertamento provvedono, d'ufficio o su denuncia, gli organi di polizia amministrativa. Restano salvi i poteri di accertamento degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria secondo quanto previsto dall'art. 13 legge n. 689/1981.

La competenza per l'irrogazione delle sanzioni spetta alla Camera di Commercio, industria, artigianato e agricoltura della provincia in cui si trova la residenza o la sede legale del professionista, ovvero, limitatamente alla violazione di cui all'art. 58, al Garante per la protezione dei dati personali. A tali organi dovrà essere inviato, dagli organi accertatori, il rapporto previsto dall'art. 17 legge n. 689/1981. Inoltre, come previsto da quest'ultimo articolo, in caso di connessione con un

reato, il rapporto andrà trasmesso all'autorità giudiziaria competente a conoscere il reato che deciderà anche sulla sanzione amministrativa (art. 24 legge n. 689/1981).

**29. Esecuzione del contratto ed obblighi del professionista.**

Il quindicesimo *considerando* della direttiva 97/7/CE stabiliva espressamente la necessità di prevedere un termine di esecuzione del contratto qualora esso non fosse stato stabilito all'atto dell'ordinazione. Nella proposta di direttiva della Commissione del 7-10-1993, l'inizio della decorrenza del termine era fissato nel momento del ricevimento dell'ordinazione da parte del fornitore. Nel recepimento della direttiva comunitaria, il legislatore italiano ha adottato invece una differente soluzione, tradotta dapprima nell'art. 6, 1° co., d.lg. n. 185/1999 e quindi nell'attuale art. 54, 1° co., c. consumo, secondo cui il professionista deve eseguire l'ordinazione entro trenta giorni a decorrere dal giorno successivo a quello in cui il consumatore ha trasmesso l'ordinazione al professionista.

È fatta comunque salva la possibilità di un diverso accordo tra le parti.

Quali siano le ragioni di tale scelta è questione discussa in dottrina.

Secondo certi Autori (Toriello) la scelta sarebbe motivata dalla volontà di evitare i rischi di incertezza connessi con l'onere di conoscenza, per il consumatore, del momento in cui un fatto inerente alla sfera di controllo della controparte si fosse avverato.

Altri (Troiano) evidenziano invece il fatto che la norma faccia riferimento al momento dell'esecuzione e non a quello della conclusione del contratto, momento che, come si evidenzierà di seguito, potrebbe apparire diverso a seconda della ricostruzione della fattispecie. Ciò sarebbe chiara manifestazione della volontà del legislatore di attribuire rilevanza più all'impegno assunto dal consumatore con la trasmissione dell'ordinazione, che agli aspetti giuridico-formali della fattispecie.

Altri ancora (De Marzo) affermano che la soluzione adottata dal legislatore italiano sembrerebbe ritagliata intorno all'ipotesi della conclusione telematica del contratto, in cui le rilevate questioni circa la decorrenza del termine non avrebbero probabilmente motivo di esistere, stante la simultaneità tra la trasmissione dell'ordinazione da

parte del consumatore e la ricezione da parte del professionista.

Ad ogni modo, indipendentemente dalle diverse posizioni dottrinarie esistenti, ognuna di esse supportata da valide motivazioni, ciò che traspare dall'art. 54 c. consumo è l'indubbio favor del legislatore verso il consumatore, la cui posizione globalmente intesa è tutelata sia dalla dispensa dal compimento di qualsiasi attività ulteriore rispetto alla trasmissione dell'ordinazione sia correlativamente dall'addossare al professionista ogni eventuale dimostrazione circa la non imputabilità del proprio inadempimento.

Sulla base del dettato normativo, dies a quo per eseguire l'ordine è quello della trasmissione, non della ricezione dell'ordine, ed è, per l'effetto, termine di decorrenza antecedente alla conclusione del contratto, a meno che non si voglia inquadrare l'ipotesi in esame come species del campo di applicazione dell'art. 1327 (conclusione prima della risposta dell'accettante). In altri termini, poiché il momento iniziale di decorrenza del termine di esecuzione decorre dal giorno successivo a quello in cui il consumatore ha trasmesso l'ordinazione al professionista, il giorno in cui il consumatore indirizza al professionista la propria dichiarazione contrattuale non coincide necessariamente con quello in cui il contratto può dirsi concluso: ove infatti nell'ordinazione trasmessa dal consumatore debba ravvisarsi la proposta, il contratto si considera concluso nel momento in cui l'accettazione del fornitore giunge a conoscenza (o all'indirizzo) del consumatore, ovvero, nell'ipotesi prevista dall'art. 1327 c.c., nel momento in cui ha avuto inizio l'esecuzione della prestazione dovuta dal fornitore. Ove invece, «trasmettendo l'ordinazione», il consumatore abbia accettato una proposta fattagli precedentemente dal fornitore, il contratto si conclude nel momento in cui l'ordinazione giunge a conoscenza (o perviene all'indirizzo) del fornitore. In entrambi i casi il momento della conclusione del contratto è cronologicamente successivo a quello della trasmissione dell'ordinazione, e ben può essere che i due eventi si verifichino in giorni diversi (si pensi alle ipotesi in cui l'ordinazione venga trasmessa dal consumatore per lettera).

Le incertezze appena segnalate, che si riverberano anche sull'esercizio del diritto di recesso, derivano anche dall'imprecisa nozione di "ordinazione", potendosi intendere con tale termine, a seconda dei casi, una proposta, un'accettazione, o una comunicazione a contenuto partecipativo

avente valore di informazione di avvenuta conclusione ex art. 1327, 2° co., c.c.

Entro il termine di cui si è detto il professionista deve eseguire tutte le prestazioni (principali ed accessorie) relative alla sua obbligazione, egli è quindi tenuto a provvedere alla consegna dei beni, con il conseguente effetto traslativo della proprietà in favore del consumatore, ovvero, nel caso in cui il contratto avesse ad oggetto l'erogazione di servizi, a dar corso alla relativa prestazione.

Il termine di trenta giorni, comunque derogabile, fissato dalla norma appare in ogni caso troppo lungo, soprattutto avendo riguardo all'ipotesi della conclusione telematica del negozio, in cui, attraverso l'impiego dell'odierna tecnologia, è possibile inviare e ricevere ordinazioni, e quindi di acquisire beni o servizi on line in tempo reale.

La disposizione in esame peraltro non distingue tra modalità di invio dell'ordinazione, per cui si potrebbero verificare problemi nel caso di trasmissione dell'accettazione tramite il servizio postale, in quanto, in questo caso, ci si troverebbe di fronte ad un termine che inizia a decorrere anche nell'ipotesi che il professionista non ne abbia contezza. In tal caso, inoltre, non ci si troverebbe di fronte ad un inadempimento imputabile al fornitore e non potrebbe trovare applicazione nemmeno il meccanismo previsto dal 2° co. dell'art. 54, in quanto correlato esclusivamente alla mancata esecuzione per indisponibilità del bene o del servizio.

Come si è anticipato, la prescrizione in esame ha natura dispositiva («salvo diverso accordo tra le parti»), per cui le parti possono fissare un diverso termine entro il quale debbono essere eseguite le obbligazioni del professionista. È evidente che la validità di una pattuizione in deroga al termine previsto ex lege apparirebbe del tutto discutibile qualora determinasse a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

In ogni caso, la scadenza del termine legale o pattizio per eseguire l'ordinazione determinerà, oltre all'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'art. 62 c. consumo, anche il ricorso ai comuni rimedi previsti in caso di inadempimento, con la particolarità che il professionista cadrà automaticamente in mora, con conseguente diritto, da parte del consumatore, al risarcimento dei danni.

È fatta comunque salva la possibilità per il professionista di vedere riconosciuta la non imputa-

bilità del proprio inadempimento qualora esso dipenda e sia conseguenza diretta del ritardo nella ricezione dell'ordine per cause a lui estranee.

### **30. (Segue). *Indisponibilità anche temporanea del bene o servizio richiesto.***

L'art. 54 c. consumo prevede che, salvo diverso accordo tra le parti, qualora, per la indisponibilità anche solo temporanea del bene o del servizio richiesto, l'ordinazione non possa essere eseguita dal professionista entro trenta giorni dalla trasmissione dell'ordinazione, questi, nel medesimo termine, deve informare il consumatore della circostanza, secondo le modalità di cui all'art. 53, 1° co., e provvedere all'integrale rimborso delle somme eventualmente già corrisposte per il pagamento della fornitura.

Tale fattispecie viene ricostruita da parte della dottrina (Cera) come condizione risolutiva legale, in forza dell'assenza di qualsiasi riferimento espresso sia al risarcimento del danno eventualmente subito dal consumatore, sia di conseguenza alle regole in materia di responsabilità per inadempimento del contratto in generale; per altri (Regoli) rappresenta invece una causa di inadempimento del contratto, sulla base della considerazione che il legislatore avrebbe aggiunto alla generale tutela risarcitoria del maggior danno eventualmente sofferto dal consumatore in conseguenza della mancata esecuzione tempestiva dell'ordinazione, da un lato, ulteriori e specifici obblighi in capo al professionista inadempiente (primo tra tutti il rimborso) e, dall'altro, il diritto del consumatore di chiedere la risoluzione ai sensi degli artt. 1453 ss. c.c.

Circa il disposto normativo, è da rilevare che mentre il 2° co. dell'art. 7 della direttiva 97/7/CE stabiliva che in caso di mancata esecuzione del contratto da parte di un fornitore, dovuta alla mancata disponibilità del bene o del servizio richiesto, il consumatore ne deve essere informato e deve poter essere rimborsato quanto prima delle somme eventualmente pagate ed in ogni caso entro trenta giorni, la normativa nazionale ha eliminato l'espressione «quanto prima» lasciando unicamente il riferimento al termine di trenta giorni (o quello diverso stabilito dalle parti), attraverso il richiamo compiuto dal 2° co. al 1° co. dell'art. 54 in esame.

Evidenti ragioni di prudenza e correttezza nella contrattazione suggeriscono che il professionista debba comunque immediatamente informare il consumatore dell'indisponibilità, non appena a

conoscenza della stessa, e contestualmente provvedere alla restituzione della prestazione ricevuta. Non appare in alcun modo motivato un ritardo in tali attività (comunicazione e restituzione) in mancanza di una valida giustificazione, anche se nel rispetto del termine di trenta giorni.

Qualora invece tale termine venisse disatteso, il professionista incorrerebbe nella responsabilità per il ritardo nell'adempimento.

Per quanto riguarda la forma dell'eventuale comunicazione, in virtù del richiamo operato dall'art. 54, 2° co. all'art. 53, 1° co., si ritiene che l'informazione circa l'indisponibilità da parte del professionista dovrà avvenire in forma scritta, od eventualmente, su altro supporto scelto dal consumatore purché duraturo, «a sua disposizione ed a lui accessibile» e, al pari di tutte le informazioni, in modo chiaro e comprensibile.

L'espressione «indisponibilità anche temporanea» è da ricondursi alla nozione di impossibilità della prestazione di cui all'art. 1256 c.c.; nel caso specifico, inoltre, l'impossibilità temporanea potrebbe tramutarsi ipso iure in definitiva per il solo effetto del decorso del termine predeterminato dalla norma.

Relativamente ai rapporti dell'art. 54, 2° co., con la disciplina dell'inadempimento contrattuale, è evidente che le espressioni «mancata esecuzione» e «indisponibilità del bene o del servizio» si riferiscano alla sola ipotesi in cui l'indisponibilità sia dovuta a causa non imputabile al professionista: in caso contrario, ossia quando l'indisponibilità sia conseguenza di un comportamento doloso o colposo dello stesso, si avrà un'ipotesi di inadempimento con conseguente possibilità di richiesta di risoluzione da parte del consumatore e di risarcimento del danno subito ai sensi dell'art. 1218 c.c.

In conclusione è da osservare che l'art. 54, 2° co., che sancisce l'obbligo di informazione de qua a favore del consumatore, sembra però prestarsi ad ipotesi di applicazione strumentale vantaggiose per il fornitore. Costui potrebbe, infatti, addurre una generica indisponibilità del bene o del servizio anche nell'ipotesi in cui tale indisponibilità gli sia imputabile e, data l'informazione al consumatore entro il termine pattizio o di legge e restituite al consumatore le somme eventualmente già corrisposte, evitare così le più onerose conseguenze dell'inadempimento cui, inesorabilmente, si esporrebbe allo spirare del termine per l'adempimento.

**31.** (Segue). *La fornitura diversa ed il consenso del consumatore.*

Avvalendosi della possibilità offerta dalla direttiva 97/7/CE (art. 7, 3° co.), il legislatore italiano ha ritenuto che il consumatore, ai sensi dell'ultimo periodo del 2° co. dell'art. 54 c. consumo, possa soddisfare il proprio interesse, anche in caso di indisponibilità del bene o del servizio richiesto, acconsentendo prima o, al più tardi, al momento della conclusione del contratto, in modo espresso, a che il professionista adempia alla propria obbligazione mediante l'esecuzione di una fornitura diversa da quella pattuita.

Tale disposizione altro non è che la rilettura, in chiave consumeristica, del principio generale sancito dall'art. 1197 c.c. e ribadisce nella sostanza che il professionista, al pari di qualunque debitore, non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore, salvo che il creditore acconsenta. L'art. 54 richiama direttamente quanto disposto dall'art. 33 c. consumo («Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore»), 2° co., lett. *m*), secondo cui si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso.

Affinché possa aver luogo la *datio in solutum*, è quindi necessario che il consumatore manifesti il consenso a ricevere una fornitura diversa da quella originariamente dovuta prima o al momento della conclusione del contratto.

Circa il contenuto della disposizione in esame, è opportuno richiamare quanto evidenziato da certa dottrina (Regoli) la quale afferma che la norma, dal punto di vista letterale, presenta criticità che potrebbero dar luogo addirittura alla possibilità, per il fornitore, di sostituire il bene od il servizio non solo, ovviamente, per effetto di una specifica previsione contrattuale, ma anche da una semplice ipotesi avanzata durante la trattativa che poi non sia stata recepita nel regolamento pattizio; questa inaccettabile conclusione sembrerebbe consentita dalla infelice espressione «prima della conclusione del contratto» contrapposta a «nel contratto».

Seppur suggestiva, tale interpretazione non pare tuttavia tener conto del fatto che il consenso del consumatore deve essere espresso, ragion per cui

sembra francamente improbabile il verificarsi di una tale eventualità.

È da ritenere che la manifestazione di volontà favorevole all'esecuzione di una fornitura diversa dia luogo al sorgere di una obbligazione con facoltà alternativa.

**32. Esclusione totale del diritto di recesso e degli obblighi di informazione.**

Il 1° co. dell'art. 55 individua due ipotesi di contratti stipulati a distanza relativamente alle quali non trovano applicazione il diritto di recesso (art. 64 ss.), gli obblighi informativi e di conferma delle informazioni del professionista (artt. 52 e 53) nonché il termine di esecuzione della prestazione contrattuale (art. 54, 1° co.).

Tali ipotesi, in cui l'esclusione è prevista tassativamente e inderogabilmente, non essendo ammesso alcun diverso accordo tra le parti, sono costituite, più precisamente, dai contratti di fornitura:

a) di generi alimentari, di bevande o di altri beni per uso domestico di consumo corrente forniti al domicilio del consumatore, al suo luogo di residenza o al suo luogo di lavoro, da distributori che effettuano giri frequenti e regolari;

b) di servizi relativi all'alloggio, ai trasporti, alla ristorazione, al tempo libero, quando all'atto della conclusione del contratto il professionista si impegna a fornire tali prestazioni ad una data determinata o in un periodo prestabilito.

L'ipotesi di cui alla lett. a) ricalca quanto già previsto dalla normativa in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali [art. 46, 1° co., lett. b)] e la ratio della sua previsione è da ravvisarsi nel fatto che l'impossibilità di visionare il bene e verificarne le caratteristiche è compensata, in via generale, dal rapporto con un distributore che effettua giri frequenti e regolari, per cui è presumibile che il consumatore conosca i prodotti oggetto della fornitura. Nella fattispecie in esame appare evidente la volontà del legislatore di non gravare tali contratti di particolari strumenti a tutela del consumatore, e ciò in considerazione dell'esiguità del valore economico in gioco e della natura generalmente deperibile dei beni. L'esclusione del diritto di recesso è motivata inoltre dal fatto che tali contratti hanno ad oggetto beni a consumo istantaneo o, come si è detto, deperibili, per i quali risulta quindi impossibile la restituzione.

Perché si configuri la fattispecie de qua la norma richiede inoltre che i distributori effettuino "giri

frequenti e regolari": tale espressione, non certo delle più felici, non pare in alcun modo fare riferimento alla stabilità del rapporto che deve esistere tra il professionista ed il consumatore, come invece sostenuto da parte della dottrina (Troiano), che ritiene che ogni qual volta venga posto in essere un contratto che trasferisce la proprietà di uno dei prodotti ad uso domestico in modo sporadico e comunque non a scadenze frequenti e regolari, sarà ad esso applicabile il diritto di recesso posto a tutela del consumatore. Tale orientamento sembra trarre come conseguenza dei "giri frequenti e regolari" (attinenti alla figura del professionista-distributore) anche il fatto che i contratti vengano conclusi con una certa regolarità (e ciò fa invece riferimento alla posizione del consumatore-acquirente). Ma ciò non pare corretto.

Quello che il legislatore ha di mira è piuttosto la regolarità dell'attività distributiva che consente l'instaurazione di relazioni di conoscenza e di fiducia tali da far venir meno quelle esigenze di tutela caratteristiche dell'intera materia. Sussistendo tale presupposto, anche per quell'unico contratto di fornitura, avente ad oggetto i beni previsti dalla norma, che venisse concluso tra consumatore e professionista varrebbero le esclusioni (del diritto di recesso e degli obblighi informativi) di cui si è detto.

Diversamente ragionando, invece, le ragioni del consumatore c.d. "occasionale" risulterebbero avere un trattamento giuridico, dal punto di vista della tutela, sicuramente molto più favorevole, rispetto a quelle del consumatore a cadenze frequenti e regolari.

Resta infine da chiarire come si debba determinare la frequenza e regolarità dei giri compiuti dal distributore. La norma non fornisce alcuna indicazione in merito lasciando all'interprete il compito di individuare un adatto criterio di valutazione: alla luce delle osservazioni di cui in precedenza, tali requisiti devono ritenersi soddisfatti qualora il distributore effettui i propri giri a cadenza pressoché costante ed entro un raggio d'azione circoscritto ad un determinato territorio, in modo tale da consentire allo stesso di acquisire una determinata stima all'interno di questo contesto geografico.

La facilitazione degli scambi, che deriva dall'adozione delle particolari modalità di conclusione del contratto, diviene dunque, in queste condizioni, motivo di reciproco vantaggio per le parti, senza particolari pericoli tali da giustificare la

predisposizione di particolari strumenti di tutela. Ciò giustifica, sempre nell'ottica di una valutazione comparativa degli interessi in gioco, la scelta di escludere questi contratti dall'ambito di applicazione della legge.

I contratti di fornitura cui alla lett. *b*) sono invece relativi a servizi caratterizzati da una prenotazione. Le ragioni dell'esclusione di questa categoria di contratti sono pressoché le medesime della categoria precedente di cui alla lett. *a*) appena evidenziate, ossia la volontà di non appesantire troppo tali attività, circostanza che si verificerebbe invece qualora il professionista fosse tenuto a tutti gli obblighi informativi analizzati in precedenza anche solo per la prenotazione, ad esempio, della camera di un albergo.

L'esclusione in esame è ulteriormente motivata dal fatto che in questo tipo di contratti generalmente manca l'effetto sorpresa dal momento che è il consumatore a prendere l'iniziativa contattando il professionista. Inoltre, l'impegno assunto da quest'ultimo, di fornire la prestazione ad una certa data o in un periodo determinato ad un consumatore, escluderebbe la possibilità nel caso di esercizio del diritto di recesso, di offrire lo stesso servizio per la stessa data o lo stesso periodo ad altri consumatori per effetto della natura dell'oggetto del contratto (alloggio, trasporto, ristorazione, tempo libero) la cui caratteristica è quella di essere ad esaurimento.

Ciò nonostante, a tal riguardo è necessario evidenziare il fenomeno del cosiddetto *overbooking*, ossia quella pratica consistente nell'intenzionale accettazione da parte del professionista-fornitore del servizio (vettore, albergatore, ecc.) di un numero di prenotazioni superiore alle reali possibilità di recettività della struttura, al fine di comprendere statisticamente e quindi compensare possibili rinunce dell'ultima ora.

Tale situazione, ove verificatasi in seguito all'acquisto di un pacchetto turistico, trova la propria disciplina negli artt. 82 ss. c. consumo; invece, qualora essa derivasse dalla conclusione di un contratto ex art. 55, 1° co., lett. *b*), ipotesi peraltro estremamente rara e cui non constano precedenti giurisprudenziali, il consumatore avrebbe come unica tutela azionabile quella disposta dall'art. 62 («Sanzioni»).

Come si è appena accennato, non sono inclusi nella categoria di cui alla lett. *b*) i contratti di vendita di pacchetti turistici *last minute* e *last second*, anche negoziati al di fuori dei contratti commerciali o a distanza, in quanto espressamen-

te regolati dagli artt. 82 ss. c. consumo, in tema di servizi turistici.

**33.** (Segue). *Recesso e diverso accordo tra le parti.* Il 2° co. dell'art. 55 c. consumo, e prima di esso l'art. 5, 3° co., d.lg. n. 185/1999, recepisce integralmente le indicazioni dall'art. 6, 3° co., della direttiva 97/7/CE, ed individua alcune tipologie contrattuali in relazione alle quali, fatto salvo il diverso accordo tra le parti, il consumatore non può esercitare il diritto di recesso. Nessuna esclusione è invece ammessa per quanto riguarda le norme sugli obblighi informativi e sull'esecuzione del contratto, che continuano a trovare applicazione. La dottrina che si è occupata della disposizione in esame, seppur nella versione previgente (art. 5 d.lg. n. 185/1999), si è interrogata sul significato da attribuire all'espressione «salvo diverso accordo tra le parti» e, più precisamente, se essa dovesse intendersi,

*a*) restrittivamente, nel senso di lasciare alla volontà delle parti solo la scelta sull'inserimento o meno del diritto di recesso, ma non sulle modalità di esplicazione dello stesso, che dovrebbero comunque essere conformi a quanto ora stabilito dagli artt. 64 ss. c. consumo (in precedenza, art. 5, 1° e 2° co., d.lg. n. 185/1999), ovvero

*b*) nel senso di lasciare le parti libere di decidere sia l'an che il quomodo di tale diritto, con la conseguenza di lasciare all'autonomia delle stesse la determinazione delle modalità.

Nel primo senso, parte della dottrina (Bastianon), analizzando la direttiva 97/7/CE, sostiene che da un punto di vista teorico, si potrebbe ritenere che la natura pattizia del diritto di recesso sottragga quest'ultimo alla disciplina della direttiva rimettendo ogni determinazione contenutistica all'autonomia negoziale delle parti. Più pragmaticamente, invece, si osserva che, poiché l'art. 6, 3° co., stabilisce che nei contratti ivi elencati il consumatore non può esercitare il diritto di recesso previsto dal 1° co. della norma in esame, salvo diverso accordo delle parti, ne consegue che laddove tale accordo sussista, il consumatore deve considerarsi legittimato ad esercitare quello stesso diritto di recesso previsto dalla direttiva. In altre parole, sembra corretto ritenere che la lettera della norma rimetta all'autonomia delle parti solo la decisione circa l'esistenza del diritto di recesso e non anche eventuali decisioni relative al contenuto di siffatto diritto. Se questa interpretazione è corretta, ne consegue che anche nel caso di recesso convenzionale, troveranno appli-



cazione le regole previste dall'art. 6, 1° e 2° co. Di contrario avviso un'altra interpretazione (De Marzo), la quale ritiene irragionevole che le parti abbiano il potere di escludere la possibilità di esercizio del diritto di recesso e non anche quello di modulare il diritto di ripensamento sulla base delle specifiche esigenze derivanti dal contenuto dell'accordo. Una volta che per effetto dell'attribuzione di un potere derogatorio alla volontà delle parti sia prevista la possibilità di escludere in radice lo jus poenitendi, la questione sarebbe da collocarsi al di fuori dell'area dell'irrinunciabilità dei diritti (art. 11 d.lg. n. 185/1999, ora art. 143 c. consumo), per cui l'individuazione di un limite all'autonomia negoziale delle parti richiederebbe l'accertamento di un interesse super-individuale, nella specie insussistente, che lo giustifichi.

Tale posizione non appare del tutto convincente. Infatti, anche ammettendo, come si ritiene, che il 2° co. dell'art. 55 in esame costituisca una sorta di deroga al disposto dell'art. 143 c. consumo, l'espressione «salvo diverso accordo tra le parti» pare riferirsi unicamente all'aspetto derogatorio di cui si è appena detto, mentre non si estende invece al(le modalità di esercizio del) diritto di recesso, che una volta ammesso dovrà necessariamente esplicarsi secondo quanto «previsto agli articoli 64 e seguenti». Diversamente ossia ammettendo un recesso convenzionale, si potrebbe invece incorrere nella possibilità che il professionista imponga condizioni e modalità per l'esercizio di tale diritto tali da vanificarne l'effettiva tutela del consumatore cui esso è preordinato.

**34.** (Segue). *Fornitura di servizi con inizio prima della scadenza del termine ex art. 64, 1° co., c. consumo.*

La prima ipotesi di esclusione del diritto di recesso prevista dal 2° co. dell'art. 55 riguarda la fornitura di servizi la cui esecuzione sia iniziata prima della scadenza del termine di dieci giorni lavorativi dalla data della conclusione del contratto ex dall'art. 64, 1° co., c. consumo: l'esclusione del diritto di recesso è da ascrivere al fatto che le parti, con l'accordo essenziale del consumatore, che equivale alla rinuncia dell'esercizio del diritto di recesso accordatogli, hanno già derogato al predetto termine, per cui, facendo salva la volontà dei contraenti, ed avendo di mira, in particolare, la posizione del consumatore, può essere ugualmente esercitato il recesso in presenza di un ulteriore accordo tra

quest'ultimo ed il professionista. La dottrina (Toriello), seppur con riferimento alla disciplina previgente, ha ravvisato un'ulteriore motivazione dell'esclusione del recesso nella volontà di non danneggiare oltremodo il professionista: infatti, mentre il consumatore può rifiutare i beni appena ricevuti senza depauperare il patrimonio del professionista, nel caso dei servizi il consumatore non può recedere dal contratto, a prima "fornitura di servizio" avvenuta, senza danneggiare patrimonialmente il fornitore.

**35.** (Segue). *Fornitura di beni o servizi con prezzo legato alle fluttuazioni del mercato.*

L'esclusione del diritto di recesso nel caso previsto dalla lett. b) del 2° co. dell'art. 55 c. consumo riguarda la fornitura di beni o servizi il cui prezzo è legato a fluttuazioni dei tassi del mercato finanziario.

La ratio dell'esclusione va colta nel carattere di aleatorietà di tali contratti, che esclude quindi ogni tipo di controllo sia da parte del professionista che da parte del consumatore nonché nella volontà del legislatore di scongiurare la possibilità di comportamenti sleali o scorretti da parte di quest'ultimo soggetto, evitando così eventuali ripensamenti qualora, per la sopravvenienza di circostanze, il negozio non fosse più conveniente come appariva invece all'atto della sua conclusione. Da notare, infine, che il campo di applicazione della fattispecie in esame appare pressoché nullo, in considerazione del fatto che la tipologia di contratti che meglio si attaglierebbe all'ipotesi in esame, ossia la commercializzazione di servizi finanziari (il cui prezzo è appunto legato alle fluttuazioni del mercato), è ora disciplinata dagli artt. 67 bis ss. c. consumo.

**36.** (Segue). *Fornitura di beni confezionati su misura.*

L'esclusione del diritto di recesso nel caso di contratti di fornitura di beni confezionati su misura o chiaramente personalizzati [art. 55, lett. c), c. consumo] o che, per loro natura a consumo istantaneo, non possono essere rispediti o rischiano di deteriorarsi o alterarsi rapidamente, è stata ravvisata nella non rispondenza ad equità di un eventuale recesso per i beni caratterizzati dalla stretta personalità o dalla rapida obsolescenza. In relazione alla categoria in esame, certi Autori (Martinello-Cesa) ritengono che potrebbero sorgere problemi interpretativi, laddove, ad esempio, fornitori senza scrupoli potranno far ricadere in queste categorie di beni esentate anche abiti

stagionali il cui uso è legato a mode passeggere. Tale interpretazione appare francamente eccessiva in considerazione del fatto che il rischio di deterioramento o di rapida alterazione sono fenomeni di natura oggettiva, che nulla hanno a che vedere con le mode, la cui fugacità è invece aspetto chiaramente soggettivo.

La disciplina per questa tipologia di contratti differisce, evidentemente, da quella applicabile alla fornitura di beni prodotti in serie, per i quali la sostituibilità e la fungibilità sono non solo possibili ma rappresentano l'essenza stessa del prodotto.

**37.** (Segue). *Fornitura di prodotti audiovisivi o di software informatici sigillati.*

Per quanto concerne la fornitura di prodotti audiovisivi o di software informatici sigillati [art. 55, 2° co., lett. d), c. consumo], il diritto di recesso non è esercitabile se non prima dell'apertura da parte del consumatore, con la restituzione del prodotto integro.

A tal proposito è stata elaborata la nozione di "contratti a strappo" (shrink-wrap), caratterizzati dal fatto che le condizioni generali di contratto e spesso di licenza d'uso sono apposte direttamente sulla confezione, con la chiara precisazione che l'apertura della confezione equivale ad un comportamento convenzionalmente tipizzato equivalente ad accettazione del regolamento contrattuale.

Conseguentemente, è possibile parlare anche di "garanzia a strappo" per la quale il prodotto informatico, salvo che le parti dispongano diversamente, si presume possa essere stato copiato se viene restituito aperto; tale ratio si applica anche a giornali, periodici e riviste, in quanto si presume che il consumatore possa avere avuto tutto il tempo di leggere tali prodotti nel periodo ordinariamente concesso per l'esercizio del recesso. La norma in esame, per quanto posta a tutela del diritto di autore e tesa ad evitare la facile riproduzione di questo tipo di prodotti, lascia comunque irrisolte le questioni inerenti all'onere della prova, nel caso in cui il prodotto arrivi al consumatore già aperto e disimballato o qualora il professionista sostenga di aver ricevuto la merce in restituzione dal consumatore in tali condizioni.

**38.** (Segue). *Fornitura di giornali, periodici e riviste.*

Il recesso per la fornitura di giornali, periodici e riviste è escluso in quanto si tratta di merci dalla rapida obsolescenza.

La concessione di un tale diritto apparirebbe, quindi, chiaramente contraria a criteri di equità, dal momento che, essendo la causa contrattuale la lettura, nelle more del termine per il recesso, il consumatore potrebbe chiaramente farlo, così pregiudicando irrimediabilmente le ragioni del professionista-fornitore, il quale a fronte di una prestazione già fornita, e di cui il consumatore ha già usufruito (appunto con la lettura), si vedrebbe inoltre costretto a subire la restituzione degli stessi beni.

**39.** (Segue). *Servizi di scommesse e lotterie.*

L'ultima categoria prevista dal 2° co. dell'art. 55 c. consumo è relativa ai servizi di scommesse e lotterie.

Per essi, l'esclusione del diritto di recesso è da giustificarsi per il fatto che si tratta di servizi istantanei (one shot) che si esauriscono con l'effettuazione e che, soprattutto, sono sottoposti al principio generale stabilito per le obbligazioni naturali dall'art. 2034 c.c. ovvero per le prestazioni contrarie al buon costume dall'art. 2035 c.c., che sancisce l'irripetibilità di quanto di prestato spontaneamente (soluti retentio).

Un ulteriore motivo di esclusione del diritto di recesso è infine ravvisabile nel fatto che quelli in esame sono contratti caratterizzati dalla aleatorietà e pertanto sfuggono da ogni tipo di controllo sia da parte del professionista che del consumatore.

**40.** *Pagamento mediante carta.*

Il pagamento mediante carta è uno degli aspetti del rapporto tra professionista e consumatore preso in considerazione e regolato in maniera specifica già dal legislatore comunitario con la direttiva 97/7/CE, in considerazione della grande espansione di tale fenomeno, ormai affermatosi da tempo non solo con riferimento ai contratti a distanza, ma anche al complesso delle relazioni commerciali.

L'utilizzo della carta (di credito, di debito o prepagate) quale strumento a disposizione del consumatore per adempiere alla propria obbligazione di pagamento è fattispecie che, come detto, dapprima prevista dall'art. 8 della direttiva 97/7/CE, recepita quindi nell'art. 8 d.lg. n. 185/1999, è ora disciplinata dall'art. 56 c. consumo, il quale ammette tale possibilità a condizione che ciò sia previsto tra le modalità di pagamento, da comunicare al consumatore ai sensi dell'art. 52, 1° co., lett. e).

Il sistema di tutela apprestato dal legislatore ai consumatori a distanza per quanto riguarda il pagamento mediante carta si impernia dunque su un duplice ordine di fattori:

*i)* la previsione contrattuale, che assurge a condizione di legittimità affinché il consumatore possa avvalersi di tale forma di pagamento e che la stessa abbia funzione solutoria. A tal riguardo, richiamando quanto si è detto in precedenza circa la derogabilità degli obblighi informativi, nonostante il tenore letterale della norma, è da ritenersi ammissibile che le parti si accordino, successivamente alla stipula del contratto, per un pagamento mediante carta di credito: tale accordo consentirebbe, tra l'altro, di evitare la comminatoria delle sanzioni di cui all'art. 62 c. consumo, per violazione da parte del professionista dei suoi obblighi di informazione al consumatore;

*ii)* l'informazione che il professionista deve fornire: tale obbligo di informazione, peraltro, costituisce mera specificazione di quanto già previsto dall'art. 52, 1° co., lett. e) relativamente alle modalità di pagamento.

Un'interessante questione che sorge dall'analisi dell'art. 55 è quella relativa all'applicazione alla fattispecie in esame dell'art. 1188 c.c. e riguarda, più precisamente, l'individuazione del soggetto legittimato a ricevere il pagamento. Tale problema è generalmente risolto, nella prassi, con la fornitura di indicazioni, da parte del professionista, circa le modalità di adempimento della prestazione, comprensive delle indicazioni relative alle modalità di effettuazione del pagamento.

Anche in relazione all'art. 56 in esame il legislatore italiano ha attivato la "clausola minima" di cui all'art. 14 della direttiva 97/7/CE, che, si ricorda, consente agli Stati membri di adottare o mantenere «disposizioni più severe compatibili con il trattato, per garantire al consumatore un livello di protezione più elevato».

Infatti mentre l'art. 8 della direttiva («Pagamento mediante carta») disponeva che «gli Stati membri accertano che esistano misure appropriate affinché:

— il consumatore possa chiedere l'annullamento di un pagamento in caso di utilizzazione fraudolenta della sua carta di pagamento nell'ambito di contratti a distanza cui si applica la presente direttiva;

— in caso di utilizzazione fraudolenta, le somme versate a titolo di pagamento vengano riaccreditate o restituite al consumatore»,

come si è già anticipato, il legislatore italiano ha previsto che il consumatore possa pagare mediante carta solo se ciò è stato previsto nel contratto, e di ciò sia stato debitamente informato, stabilendo, inoltre, da un lato, che lo stesso consumatore abbia diritto di vedersi riaccreditate il pagamento non solo in caso di utilizzazione fraudolenta della sua carta, ma anche in caso abbia pagato in più rispetto al prezzo pattuito e, dall'altro, prevedendo il diritto per l'istituto di emissione della carta di addebitare al professionista le somme riaccreditate al consumatore.

Si è inteso quindi attribuire rilevanza e fornire adeguata tutela ad una forma di pagamento, appunto quella mediante carte, nella consapevolezza che essa è destinata ad assumere un ruolo di crescente rilievo nelle attività negoziali a distanza, e in particolare telematiche.

Il pagamento mediante carta, per quanto necessari di un espresso accordo preventivo circa la sua ammissibilità e nonostante le sostanziali differenze rispetto all'uso del denaro contante possono suggerirlo, non può configurare propriamente una *datio in solutum*, dal momento che il professionista ottiene, in ultima istanza, la stessa prestazione che gli era dovuta, ossia la somma di denaro.

#### 41. (Segue). *Carta di pagamento. Nozione.*

Sebbene ne preveda espressamente l'utilizzo, l'art. 56 c. consumo non definisce in alcun modo la nozione di carta di pagamento.

La Raccomandazione della Commissione sui sistemi di pagamento e in particolare sui rapporti tra il proprietario e l'emittente di carta di credito, n. 88/590, concorde con la precedente raccomandazione dell'8-12-1987, relativa ad un codice di condotta europeo in materia di pagamenti elettronici, afferma che sono "carte di pagamento" tutte le modalità di pagamento elettronico, restando quindi esclusi solo i trasferimenti elettronici di fondi mediante istruzioni date in altra forma, quali ad esempio il fax od il telefono, direttamente alla Banca. Con tale termine si intendono, quindi, nella prassi, le carte,

*a)* di credito;

*b)* di debito;

*c)* prepagate.

La carta di credito abilita il possessore ad effettuare acquisti o prelevare denaro fino ad un ammontare prestabilito: il credito concesso può essere regolato interamente ed in un'unica soluzione

ne alla scadenza prefissata ovvero regolato gradualmente a rate.

Le carte di debito sono utilizzate per effettuare acquisti nei quali si provvede automaticamente all'immediato pagamento attraverso un punto di vendita automatizzato (POS), addebitando direttamente il conto dell'acquirente, oppure per prelevare denaro contante dal conto corrente attraverso l'apposito sportello automatico.

Nella carta prepagata il valore monetario è invece immagazzinato nella stessa e per esso il possessore paga l'emittente in anticipo; essa può essere utilizzata per un limitato numero di transazione e presso punti vendita predefiniti.

È da ritenere che la locuzione "carta di pagamento" faccia riferimento a tutte le ipotesi sinora elencate, incluse anche altre forme di pagamento elettronico, come, ad esempio, gli assegni digitali o la c.d. moneta elettronica, indipendentemente dall'essere caratterizzati da una forma particolare o materiale specifico (carta o tessera).

In relazione ai pagamenti elettronici quale modo di estinzione dell'obbligazione pecuniaria si pone la questione relativa all'accettabilità del pagamento elettronico al posto della moneta avente corso legale.

Com'è noto, l'art. 1277 c.c. dispone che i debiti pecuniari si estinguano con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento. La disposizione è in parte temperata da quella dell'art. 1197 c.c. il quale prevede che, con il consenso del creditore, il debitore possa liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, e che in questo caso l'obbligazione si estingua con l'esecuzione della diversa prestazione.

Tuttavia, secondo la giurisprudenza più recente, alla luce del dovere di correttezza di cui all'art. 1175 c.c., qualora la pratica costante e preesistente intercorrente fra le parti o la pratica costante per il tipo d'affare cui il contratto appartiene sia quella di un pagamento diverso, il creditore non potrebbe rifiutare il pagamento, se non adducendo specifici motivi (Galgano). A riguardo, la giurisprudenza prevalente è pressoché concorde nel ritenere che anche il pagamento elettronico possa considerarsi estintivo dell'obbligazione pecuniaria, qualora vi sia il consenso del creditore o sussistano le circostanze sopra ricordate.

#### 42. (Segue). *Riaccredito al consumatore.*

Il 2° co. dell'art. 56 c. consumo prevede l'obbligo per l'istituto di emissione di riaccreditarle le somme di denaro delle quali sia dimostrata l'ecceden-

za rispetto al prezzo pattuito, o addebitate in caso di uso abusivo della carta.

In caso di controversia il legislatore ha gravato il consumatore dell'onere di dimostrare l'eccedenza del pagamento rispetto al prezzo pattuito o il compimento dello stesso mediante l'uso fraudolento della carta da parte del professionista o di un terzo.

Tale scelta appare peraltro in aperta violazione di quanto disposto dall'art. 33, 2° co., lett. *l*), c. consumo, secondo cui «si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto o per effetto di sancire a carico del consumatore inversioni o modificazioni dell'onere della prova».

Essa sarebbe tuttavia giustificata dalla tesi secondo cui l'eventuale assegnazione al professionista dell'onere di provare l'avvenuta autorizzazione da parte del consumatore sarebbe troppo gravosa, rappresentando, addirittura, un potenziale freno all'attività economica. In altri termini, qualora si fosse optato per la scelta contraria, ossia quella di porre a carico del professionista l'onere di provare per ogni accredito, l'assenza di carattere fraudolento dell'utilizzo della carta, ciò avrebbe determinato inevitabilmente il sorgere di una vera e propria *probatio diabolica* a suo carico, con conseguenze negative sull'attività imprenditoriale in genere e sulle contrattazioni a distanza.

Stando al tenore letterale della norma, il riaccredito da parte dell'istituto di emissione della carta di pagamento dei pagamenti è effetto automatico della prova circa l'utilizzo non conforme della carta, senza alcuna possibilità da parte dell'istituto di credito stesso di sfuggire a tale conseguenza. La disposizione, tuttavia, estremamente garantista nei confronti del consumatore ed in perfetto adempimento della direttiva 97/7/CE, se osservata da un'altra prospettiva pone un grave problema di giustizia sostanziale nei confronti dell'istituto di credito, il quale, come si è detto, è tenuto ad un riaccredito automatico, senza possibilità di sindacare alcunché.

A ciò il legislatore nazionale ha posto rimedio nel 2° co. dell'art. 56 in esame mediante l'attribuzione all'istituto stesso del diritto di addebitare al professionista le somme riaccreditate al consumatore.

Dall'interpretazione letterale della norma, pare inoltre che, così come in precedenza affermato per il riaccredito, anche l'addebito al professionista sopra menzionato sia automatico: il legislatore, in sostanza, avrebbe individuato il "soggetto

garante" del consumatore sempre e comunque nel professionista, quanto meno in ultima istanza, senza che tale soggetto abbia la possibilità di evitare, in qualche modo, di vedersi addossato tale peso, e ciò in ogni caso sempre in piena conformità alla facoltà di scelta concessa dalla direttiva comunitaria. Tale scelta appare giustificata dal fatto che il professionista è colui che trae beneficio, mediante l'incremento delle vendite, dalla possibilità concessa ai clienti di pagare con carta di credito; è il soggetto che si trova nella posizione migliore per impedire, approntando valide contromisure all'attività di pirateria informatica, la conoscenza e l'utilizzo da parte di terzi non autorizzati dei dati della carta del Consumatore. Ancora, il 2° co. dell'art. 56 fa salva l'applicazione dell'art. 12 d.l. 3-5-1991, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla l. 5-7-1991, n. 197, che prevede sanzioni penali (reclusione da uno a cinque anni, oltre la multa) per «chiunque al fine di trarre profitto per sé o per altri, indebitamente utilizza, non essendone titolare, carte di credito o di pagamento, ovvero qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi».

È appena il caso di ricordare come la norma in questione, il cui testo diverge dalle indicazioni della direttiva 97/7/CE che prevedeva oltre al riaccredito anche la restituzione della somma, regoli esclusivamente i rapporti tra professionista e consumatore, e non, quindi, i casi in cui la carta di pagamento sia utilizzata da un operatore professionale, o i casi di utilizzo illegittimo della carta al di fuori di ogni rapporto contrattuale tra le parti.

**43.** (Segue). *L'eccedenza rispetto al prezzo o l'uso fraudolento.*

Il 2° co. dell'art. 56 c. consumo, che prevede l'obbligo di riaccredito a carico dell'istituto di emissione, opera solo in tre casi ben determinati:

- i)* quando vi sia eccedenza rispetto al prezzo;
- ii)* quando vi sia un uso fraudolento della carta da parte del professionista;
- iii)* quando vi sia un uso fraudolento della carta ad opera del terzo.

La norma in esame riguarda esclusivamente l'uso abusivo della carta, cioè effettuato in assenza del consenso del consumatore, laddove sono esclusi dall'ambito di applicazione della stessa disposizione tutti i casi in cui il consenso del consumatore venga carpito col dolo (o, seppure si tratti probabilmente di un caso puramente scolastico,

estorto con la violenza), operando, in tal caso, la normativa interna in materia a tutela del contraente ingannato e, quindi, l'annullamento del contratto.

Le prime due ipotesi sono accomunate dal fatto che esse presuppongono un'azione lesiva posta in essere direttamente dal professionista, addirittura con dolo nell'ipotesi di cui sub *ii)*, cui deriva un suo indebito arricchimento, con conseguente debito restitutorio in capo a quest'ultimo.

Nell'ultimo caso vi è invece l'intervento di un soggetto terzo che utilizza fraudolentemente la carta. Il momento critico nell'utilizzo di questo sistema di pagamento, sul web o anche attraverso altri canali, è costituito dalla trasmissione al professionista, da parte dell'acquirente il bene o il servizio, del numero di carta di credito: esiste, infatti, il pericolo che il numero sia intercettato e abusivamente utilizzato da terzi malintenzionati.

Anche in quest'ultima ipotesi, il professionista dovrà comunque rispondere, ex art. 1228 c.c. e/o ex art. 2049 c.c. qualora il terzo agente sia un soggetto comunque riconducibile ad organizzazione facente capo al professionista stesso (si pensi al dipendente infedele che approfitta della propria posizione lavorativa per acquisire conoscenza di quei dati che poi vengono usati per commettere prelievi fraudolenti dalla carta del consumatore).

Diversamente, il professionista andrà esente da responsabilità qualora l'uso fraudolento della carta sia avvenuto da parte del terzo nonostante egli abbia adottato tutti i possibili accorgimenti per evitare il danno, e che, quindi, egli riesca a dimostrare tanto il meccanismo della frode quanto la diligenza della propria custodia.

Sia la prova del pagamento del maggior importo rispetto al prezzo pattuito, sia la prova dell'effettuazione di pagamenti mediante uso fraudolento della carta di pagamento, spettano al consumatore. Nel silenzio della norma si ritiene quindi che la prova potrà essere fornita con ogni mezzo.

A tal proposito, è opportuno evidenziare che la Commissione Europea con la raccomandazione n. 88/590/CE, art. 6.2., già nel 1988, aveva sottolineato che era essenziale garantire che le operazioni di pagamento elettronico fossero registrate per permetterne il controllo e la correzione degli eventuali errori. Aveva inoltre evidenziato come il contraente, proprietario della carta, non può in alcun modo accedere a tali registrazioni e che, quindi, l'onere di dimostrare che l'operazione è stata registrata in modo accurato

incombe sull'emittente. Tale previsione non è stata recepita né nel d.lg. n. 185/1999, né nel codice del consumo.

#### 44. *Forniture non richieste.*

L'art. 57 c. consumo («Fornitura non richiesta») tende nel suo complesso a disincentivare il ricorso a tecniche di marketing o a pratiche commerciali (ora qualificate) “scorrette” finalizzate a “carpire” il consenso del consumatore, il quale potrebbe essere indotto erroneamente ad effettuare l'acquisto dei beni, per il solo fatto di averli ricevuti e non restituiti.

La norma modifica nella forma, più che nella sostanza, la disciplina applicabile in caso di fornitura non richiesta, in precedenza regolata dall'art. 9 d.lg. n. 185/1999, che recepiva quanto disposto dall'art. 9 della direttiva 97/7/CE. Collocando al 1° co. quanto nella disposizione previgente era previsto al 2° co. [«Il consumatore (...)»], il legislatore pone l'accento sulla posizione del consumatore, il quale, per tutelarsi da iniziative assunte unilateralmente dal professionista, potrà addirittura astenersi dal compiere qualsiasi azione/reazione, rimanendo così inerte, e senza che ciò comporti alcuna conseguenza. Nello stesso senso dispone la seconda parte del 1° co., la quale nega che all'assenza di risposta da parte del consumatore, ossia al suo silenzio, possa in qualche modo attribuirsi valore negoziale.

La conclusione del contratto, invece, richiede un'esplicita manifestazione di volontà in tal senso, con ciò derogando al principio sancito dal 3° co. dell'art. 1520 c.c., con riferimento alla vendita con riserva di gradimento.

L'art. 57 ha lo scopo di garantire il rispetto dei più generali diritti alla riservatezza ed alla non intromissione nell'altrui sfera privata da parte di soggetti preventivamente non autorizzati, e dispensando il consumatore da qualsiasi onere di risposta, implicitamente ammette l'ipotesi di fornitura da parte del professionista di omaggi e campioni inviati per fine di sollecitazione meramente promozionale e gratuita. Nello stesso senso dispone l'art. 18 d.lg. n. 114/1998 («Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'art. 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59»), il cui 2° co., da un lato, vieta l'invio di prodotti al consumatore se non a seguito di specifica richiesta, dall'altro, consente invece l'invio di campioni di prodotti o di omaggi, senza spese o vincoli per il consumatore.

Da notare ancora che l'art. 57 costituisce norma speciale rispetto a quella generale costituita dall'art. 1327 c.c. («Esecuzione prima della risposta dell'accettante»), che prevede che qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto, il cui fulcro risiede nel momento dell'esecuzione della prestazione per volontà autonoma del professionista, si intende concluso nel tempo e nel luogo in cui l'esecuzione ha avuto inizio. Pertanto, mentre l'art. 1327 mira a vincolare il consumatore al corrispettivo in ragione di un suo comportamento acquiescente, la tutela elaborata dall'art. 57, invece, è disposta a favore della miriade di soggetti destinatari di forniture di merce mai ordinata, e ciò mediante il netto rifiuto di attribuire il significato di un assenso all'acquisto alle mancate risposte di questi ultimi alle innumerevoli offerte di forniture non richieste.

Sempre in merito all'irrelevanza negoziale del silenzio, è opportuno inoltre osservare che, mediante l'inserimento dell'inciso “in ogni caso”, si intende escludere ogni possibile margine di inserimento per il c.d. silenzio circostanziato.

Tale ultimo principio altro non è che l'espressione di un concetto ovvio, giacché al silenzio non può generalmente attribuirsi, fatta salva l'ipotesi del c.d. silenzio circostanziato, alcun valore negoziale. Nei contratti a distanza, quindi, le circostanze che in ipotesi abbiano caratterizzato i precedenti rapporti tra le parti non possono “in ogni caso” essere recuperate, e addotte a sostegno dell'efficacia vincolante del silenzio.

#### 45. (Segue). *Conseguenze delle forniture non richieste.*

La violazione da parte del professionista del divieto di invio di forniture non richieste comporta l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 62 c. consumo, ossia la sanzione amministrativa pecuniaria da euro cinquecentosedici ad euro cinquemilacentosessantacinque.

La norma non precisa però, in alcun modo, quali siano i poteri e gli obblighi del consumatore in merito alla fornitura ricevuta.

La dottrina, concordemente, alla luce di quanto sinora affermato e sulla base del carattere sostanzialmente sanzionatorio della disciplina in esame, ritiene che l'invio “indesiderato” comporti per il professionista la perdita della possibilità di chiedere la restituzione dei beni, con conseguente estinzione della titolarità sui medesimi e l'acqui-

sto a titolo originario in capo al consumatore, al quale, come in precedenza accennato, non potrà essere richiesta alcuna prestazione, sia di natura contrattuale-obbligatoria, che di natura reale-restitutoria.

Tale interpretazione si basa sull'assunto della norma «il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva», ove per prestazione corrispettiva si fa riferimento sia al pagamento del prezzo che all'obbligo di restituzione e di custodia ex art. 1177 c.c. obbligo, quest'ultimo che, altrimenti, sarebbe a carico del detentore senza titolo della fornitura. Altro Autore (Comandè), successivamente, ha esteso la lettura della norma, affermando che il consumatore non dovrebbe neppure sostenere i costi per la spedizione della merce non richiesta.

Il 2° co. dell'art. 57 c. consumo stabilisce che ogni fornitura non richiesta costituisce pratica commerciale scorretta, nella duplice accezione di pratica ingannevole (artt. 21-23) e di pratica aggressiva (artt. 24-26). Ciò rende quindi applicabili i rimedi amministrativi e giurisdizionali a tutela del consumatore (artt. 27 ss.). Peraltro, come osserva la dottrina (Vettori), in sede di recepimento della direttiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, il legislatore italiano ha previsto sanzioni e mezzi volti alla tutela dei consumatori collettivamente considerati, ma non del singolo consumatore destinatario di una pratica commerciale scorretta. Non si è, infatti, provveduto a coordinare le novità derivanti dall'attuazione della direttiva, e dunque il divieto delle pratiche commerciali scorrette con il sistema proprio dell'ordinamento italiano. Sicché grava sull'interprete il difficile compito di ricostruire il sistema rimediabile posto a tutela del consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta.

#### **46. Limiti all'impiego di talune tecniche di comunicazione a distanza.**

L'art. 58 c. consumo impone al professionista limiti all'impiego di particolari tecniche di comunicazione a distanza e mira alla tutela del c.d. *right to be let alone* di origine anglosassone, ossia alla tutela della "tranquillità" della vita privata del consumatore. La disposizione in esame ha la sua fonte normativa nell'art. 10 d.lg. n. 185/1999, il quale a sua volta recepisce la direttiva 97/7/CE. Quest'ultima disposizione, in particolare, richiamandosi ai principi sanciti dagli artt. 8 e 10 della

Convenzione Europea del 4-11-1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sancisce nel diciassettesimo *considerando* la necessità di riconoscere al consumatore un diritto alla protezione della vita privata, segnatamente per quanto concerne la tranquillità rispetto a talune tecniche di comunicazione particolarmente invadenti e che occorre pertanto precisare i limiti specifici all'impiego di tali tecniche, demandando quindi agli Stati membri l'adozione di opportune misure per proteggere efficacemente da siffatti contatti i consumatori che hanno dichiarato di non voler essere contattati tramite determinate tecniche di comunicazione.

Rispetto a quanto originariamente previsto dalla direttiva (in cui erano indicati solo i sistemi automatizzati di chiamata e di fax), il legislatore italiano amplia l'insieme delle tecniche di comunicazione previste includendovi anche il telefono e la posta elettronica, e quindi, specularmente, limita e restringe le possibilità comunicative per il professionista.

La norma distingue due ipotesi:

— il 1° co., in particolare, fa riferimento all'utilizzo da parte del professionista del telefono, della posta elettronica, del fax o di sistemi automatizzati di chiamata e stabilisce che per l'utilizzo di tali sistemi è necessario il consenso preventivo del consumatore, sistema c.d. *opt-in*.

L'autorizzazione esplicita da parte del consumatore costituisce quindi il presupposto necessario per la concessione al professionista della facoltà di contrattare la controparte a fini commerciali, facoltà altrimenti vietata dalla norma.

Il termine "opt-in" è mutuato dal web marketing ed indica un messaggio di stampo prevalentemente promozionale inviato al consumatore in quanto da lui precedentemente richiesto, ad es. attraverso la sottoscrizione di una newsletter. Tale sottoscrizione è revocabile in ogni momento dal consumatore.

Relativamente al consenso del consumatore, certa dottrina (Troiano) ritiene che, stante la formulazione della norma, il consenso debba essere fornito ad ogni singola comunicazione ricevuta. Seppur tale posizione appaia forse più in linea con la ratio della disposizione in esame, essa appare a chi scrive connotata da un "eccesso di tutela" a favore della parte debole del rapporto. Da ciò deriverebbe inevitabilmente un'eccessiva compressione delle ragioni del professionista, il quale si troverebbe pertanto obbligato a richiedere ogniqualvolta il consenso del consumatore. Ciò

appare del tutto irragionevole in determinate ipotesi, si pensi ad esempio all'invio di newsletter, in cui ove si ammettesse tale posizione il consumatore dovrebbe autorizzare ogni volta l'invio, ma in tal modo il professionista verrebbe pressoché paralizzato nella propria attività.

Il preventivo necessario consenso del consumatore distingue tali forme di comunicazione dal c.d. spamming, vietato in quanto la comunicazione è effettuata appunto senza essere preceduta da una specifica sollecitazione e relativa autorizzazione da parte del ricevente;

— il 2° co. dell'art. 58 c. consumo, sancisce però l'opposto principio per l'utilizzo delle altre tecniche di comunicazione a distanza che consentono una comunicazione individuale, «diverse da quelle di cui al comma primo», permettendo di avvalersene se il consumatore non si dichiara a ciò esplicitamente contrario, sistema c.d. *opt-out*: è cioè permesso l'invio da parte del professionista di sollecitazioni al destinatario tramite tecniche di comunicazione individuali non ricomprese nell'elenco di cui al 1° co. (quali l'invio per corrispondenza), salvo che il consumatore si sia espressamente opposto e fintanto che questi non manifesti il proprio dissenso.

La ratio della differente disciplina delle fattispecie di cui al 1° e 2° co., da cui discende il diverso trattamento normativo dei limiti di utilizzo delle tecniche di comunicazione a distanza, che consentono una comunicazione individuale, è da ritenersi giustificata in ragione della minore invasività delle tecniche di comunicazione del 2° co. e della possibilità per il consumatore di trovare comunque tutela ex post attraverso una successiva manifestazione di dissenso.

A tal riguardo, peraltro, è opportuno sottolineare la posizione di parte della dottrina la quale, dall'analisi dell'art. 9 d.lg. n. 70/2003, attuativo della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, e dell'art. 130 d.lg. n. 196/2003, c. privacy, sostiene che il sistema dell'*opt-in* appaia più in linea con quella che è la ratio della disciplina dei contratti a distanza, dal momento che l'alternativa tecnica di *opt-out* risulta invece alquanto svantaggiosa per il consumatore, il quale, in sostanza, si vede riconosciuto soltanto il diritto di opporsi a futuri invii indesiderati, e deve sopportare, inoltre, l'onere di attivarsi rendendo note le categorie di informazioni che non intende ricevere, iscrivendosi in appositi registri (*orange books*) che il professionista ha l'obbligo di consultare prima di inviare eventuali annunci ed offerte commerciali.

La norma in esame potrebbe creare incertezze interpretative in relazione al fatto che, mentre il 2° co. richiede che il rifiuto sia esplicito, analoga previsione di forma non è prevista per il consenso preventivo. A tal riguardo, sebbene vi sia chi (Minervini) ritiene che quest'ultimo possa essere manifestato tacitamente, si ritiene preferibile la posizione di chi (Vettori) sostiene che tale consenso debba comunque essere esplicitamente espresso, e ciò nell'ottica della massima tutela possibile per il consumatore, anche relativamente alla tutela della sua privacy (e alla conseguente osservanza delle disposizioni dettate in materia dal d.lg. n. 196/2003, c. privacy) e alla correttezza del trattamento dei dati personali dello stesso. Dello stesso avviso altra dottrina (Carbone) la quale esclude che il consenso possa ritenersi espresso tacitamente e ribadisce l'indisponibilità del diritto alla tranquillità individuale in virtù del rango primario da esso occupato e della sua natura insuscettibile di definitiva ed irreversibile dimissione da parte del consumatore, il quale può solo autorizzarne una temporanea compressione. Una conferma di tale tesi è ritrovabile nella decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 17-2-2000, n. 8051, secondo cui costituisce pubblicità ingannevole il messaggio, diffuso a mezzo stampa, contenente condizioni specifiche e onerose di fruibilità dell'offerta a carico del consumatore e cioè, nello specifico, l'obbligo di tollerare l'invio per posta elettronica di messaggi pubblicitari, che, perciò stesso, deve essere considerata come vera e propria prestazione passiva.

L'art. 58, sia per quanto riguarda l'ipotesi prevista al 1° co. (consenso preventivo) che quella di cui al 2° co. (opposizione successiva), nulla dice in merito alla ripartizione dell'onere della prova. Trova quindi applicazione l'art. 2697 c.c. e pertanto spetterà al professionista la prova del consenso preventivo del consumatore (1° co.), il quale, viceversa, sarà tenuto a fornire la dimostrazione della propria successiva opposizione (2° co.). A tal proposito, è bene ricordare che l'art. 9 d.lg. n. 70/2003, relativo all'ipotesi di comunicazioni commerciali non sollecitate, trasmesse per posta elettronica, oltre a stabilire che la finalità commerciale del messaggio deve essere comunicata in modo chiaro ed inequivocabile sin dall'inizio (ossia, detta finalità deve comparire nell'"oggetto" della e-mail), il messaggio deve contenere l'indicazione che il destinatario potrà opporvisi in futuro, analogamente all'art. 2697 c.c., pone a ca-



rico del professionista l'onere di provare la natura sollecitata delle email commerciali e, quindi, la sussistenza del consenso.

**47. Vendita mediante mezzo televisivo o altri mezzi audiovisivi.**

Un primo riferimento alle vendite effettuate mediante il mezzo televisivo o altri mezzi audiovisivi è rinvenibile nell'art. 9 d.lg. n. 50/1992, provvedimento, quest'ultimo, che, sebbene relativo alla materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, costituisce nella sostanza anticipazione della disciplina in materia di contrattazione a distanza. La ragione della collocazione di tale previsione nell'ambito dei contratti porta a porta era data dalla necessità di prevedere la base normativa per una regolamentazione di determinate fattispecie contrattuali che in quel periodo stavano prendendo piede nel nostro paese. Attualmente, la fattispecie delle vendite effettuate mediante il mezzo televisivo o altri mezzi audiovisivi è regolata dall'art. 59 c. consumo.

Secondo certa dottrina (Troiano), tale disposizione, nel contesto dei contratti a distanza, appare mal collocata e dal contenuto ridondante. Essa infatti comporterebbe una restrizione dell'applicazione della disciplina relativamente ai mezzi individuati, con riferimento alle disposizioni previste in via generale sugli obblighi di informazione dovuti dal professionista, e in alcuni casi anche al regime del *dies a quo* dell'esercizio del diritto di recesso.

Tale opinione non pare cogliere del tutto nel segno, in quanto quell'aspetto della norma in esame che parrebbe avere carattere derogatorio rispetto alle norme "generali" in tema di contratti a distanza, altro non è che una precisazione voluta dal legislatore in quanto finalizzata unicamente ad un'ulteriore tutela del consumatore.

La fattispecie prevista dall'art. 59 c. consumo appare sotto certi aspetti parzialmente sovrapponibile a quella prevista dall'art. 45, in tema di contratti conclusi per corrispondenza o, comunque, in base ad un catalogo che il consumatore ha avuto modo di consultare senza la presenza del professionista. Spetterà quindi all'interprete, caso per caso, individuare gli aspetti peculiari di ogni situazione, collocandoli così nell'una o nell'altra disciplina.

**48. (Segue). Gli obblighi di informazione nella vendita televisiva o telematica.**

La disposizione di cui all'art. 59 c. consumo evidenzia l'importanza fondamentale del principio

della trasparenza del contenuto del contratto e della buona fede sia nella formazione che nell'esecuzione dello stesso, prevedendo e disciplinando due ipotesi:

a) le offerte commerciali tramite mezzo televisivo o audiovisivo ed i contratti conclusi mediante strumenti informatici e telematici;

b) i contratti negoziati sulla base di un'offerta effettuata attraverso il mezzo televisivo o telematico.

Nel primo caso le informazioni sul diritto di recesso devono essere fornite nel corso della presentazione del prodotto o del servizio oggetto del contratto stesso, mentre nel secondo l'informazione deve essere fornita all'inizio e nel corso della trasmissione nella quale sono contenute le offerte, compatibilmente con le particolari esigenze poste dalle caratteristiche dello strumento impiegato e dalle relative evoluzioni tecnologiche.

La particolarità della disposizione è che l'informazione sul diritto di recesso non viene fornita direttamente al consumatore, ma è diretta in *incertam personam*, ossia diretta a qualunque ascoltatore della trasmissione in cui viene presentata l'offerta, e ciò indipendentemente dal fatto che questi si determini poi all'acquisto dei beni o dei servizi.

La rilevanza degli adempimenti volti all'informazione del consumatore nei casi di cui all'art. 59 c. consumo è stata recentemente ribadita anche dalla Cassazione (3).

Nonostante quanto sinora osservato circa le modalità con cui devono essere fornite le informazioni, è da sottolineare invece che, relativamente alla tipologia, la norma in esame restringe il campo alle sole informazioni in materia di recesso, attraverso il richiamo all'art. 52, 1° co., lett. f) e g).

Ciò pone subito la questione se una tale limitazione sia da intendersi come una deroga all'obbligo di fornire anche le altre informazioni previste dall'art. 52 appena richiamato.

A tal proposito, certa dottrina (Troiano) ha ravvisato la probabile ratio di tale norma nella volontà di non appesantire eccessivamente la presentazione del prodotto limitandosi a fornire in tale contesto solo le informazioni sul diritto di recesso. La norma dice, infatti, che anche tali informazioni devono essere fornite «compatibilmente con le particolari esigenze poste dalle caratteristiche dello strumento impiegato e dalle evoluzioni tecnologiche».

Pur ritenendo ragionevole tale posizione, è necessario peraltro osservare che, ad esclusione forse di quanto previsto alla lett. *h*), relativo all'indicazione del costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, quando calcolato su base diversa dalla tariffa di base, tutte le informazioni previste dall'art. 52 si riducono nella sostanza a pochi dati, per cui non pare esservi alcun motivo per affermare il suddetto carattere derogatorio dell'art. 59, il quale, invece, a parer di chi scrive, vuole porre in evidenza le informazioni in tema di recesso, che per la loro importanza devono essere rese in un determinato modo (mentre le altre parrebbe applicarsi ancora l'art. 52).

(3) Cass., sez. I, 28-3-2006, n. 6996, la quale ha ritenuto comunque sussistente l'obbligo a carico del professionista anche nell'ipotesi in cui vengano offerti al pubblico servizi la cui fruizione è subordinata ad un ulteriore requisito (nel caso di specie, l'iscrizione ad una associazione).

**49.** (Segue). *La vendita televisiva o telematica di servizi.*

Come si è visto in precedenza, l'art. 59 c. consumo prevede che il contratto televisivo o telematico possa avere ad oggetto sia la fornitura di beni che la prestazione di servizi.

Tali ipotesi sono accomunate per quanto riguarda la previsione dell'informazione sul diritto di recesso, che deve essere fornita «nel corso della presentazione del prodotto o del servizio oggetto del contratto, compatibilmente con le particolari esigenze poste dalle caratteristiche dello strumento impiegato e dalle relative evoluzioni tecnologiche» (art. 59, 1° co.).

L'ultima parte dell'articolo in commento pone però subito una questione di natura esegetica, evidenziando un difetto di coordinamento con quanto la precede, laddove, nello stabilire che l'informazione e la decorrenza del termine per l'esercizio del recesso debbano essere fornite anche per iscritto, fa riferimento unicamente alla consegna o al ricevimento della merce, escludendo così che tale disciplina possa invece essere estesa anche alla prestazione di servizi.

In base alla norma in esame, quindi, nel caso in cui il contratto televisivo o telematico abbia ad oggetto la prestazione di servizi, l'informazione sul diritto di recesso verrà data esclusivamente con il mezzo compatibile con le caratteristiche tecnologiche dello strumento impiegato dell'offerta, ad esempio, attraverso un semplice mes-

saggio audio/video o con una scritta scorrevole sullo schermo. È evidente che tale conclusione legittima serie perplessità circa l'idoneità del sistema così previsto a fornire al consumatore quella tutela rappresentata dalla informazione sui termini e sulle modalità di esercizio del recesso, e soprattutto, sui destinatari della relativa comunicazione.

La norma tace anche sul problema della decorrenza del termine per l'esercizio del diritto di recesso, non potendosi applicare la previsione di cui all'ultima parte dell'articolo, riferendosi unicamente all'ipotesi di fornitura di merci. Per risolvere la questione è necessario richiamare quanto disposto dall'art. 65 c. consumo, il cui 2° co., lett. *b*) stabilisce testualmente che per i contratti a distanza, il termine per l'esercizio del diritto di recesso decorre per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto o dal giorno in cui siano stati soddisfatti gli obblighi di informazione di cui all'art. 52, qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto purché non oltre il termine di tre mesi dalla conclusione stessa.

**50.** *Riferimenti e rinvio.*

L'art. 60 («Riferimenti») riproduce il 1° co. dell'art. 15 d.lg. n. 185/1999, stabilendo che il contratto a distanza deve contenere il riferimento alle disposizioni della Sezione II, Capo I, Titolo III c. consumo.

L'art. 61 («Rinvio») rimanda all'art. 18 d.lg. n. 114/1998 (sia pur eliminando, rispetto alla formulazione dell'art. 15 d.lg. n. 185/1999, il riferimento al successivo art. 19, rubricato «Vendite effettuate presso il domicilio dei consumatori», applicabile, in forza dell'art. 49 del codice, ai contatti negoziati fuori dai locali commerciali, limitatamente alle vendite per corrispondenza), che ha riformato la disciplina relativa al settore del commercio in ordine alle vendite per corrispondenza, televisione o altri sistemi di comunicazione.

La delega legislativa aveva l'obiettivo di rafforzare la tutela del consumatore in tema di televendite, e pertanto il rinvio all'art. 18 ha come effetto che la disposizione in esame si applichi ora a tutti i professionisti che operano nel mercato dei contratti a distanza, inclusi quelli che sarebbero stati esclusi dall'ambito soggettivo d'applicazione del decreto sul commercio.

**51.** *Foro competente nei contratti a distanza.*

Dalla disciplina dei contratti a distanza (Titolo III, Capo I, Sez. II) è stata espunta la norma re-

lativa all'individuazione del foro competente per le controversie aventi ad oggetto questa tipologia di contratti. Tale disposizione è rinvenibile ora nell'art. 63 c. consumo (Sezione III), rubricato appunto «Foro competente», il quale riprendendo integralmente l'art. 14 d.l.g. n. 185/1999, stabilisce per i contratti a distanza (e per quelli negoziati fuori dai locali commerciali), fatte salve le precisazioni di cui *infra*, la competenza territoriale inderogabile del giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore, se ubicati nel territorio dello Stato.

Ciò che ha indotto il legislatore a derogare ai normali criteri di determinazione della competenza per territorio è la circostanza che nei suddetti contratti il consumatore può relazionarsi con un professionista la cui sede si trova anche molto lontana dal suo luogo di residenza. Come è facilmente comprensibile, la ratio dell'art. 63 è dunque quella di favorire il consumatore, parte debole del rapporto contrattuale, rendendone più agevole l'eventuale iniziativa giudiziaria. Ciò sia evitando l'utilizzo da parte del professionista di fori meno favorevoli allo stesso consumatore, sia consentendo a quest'ultimo di adire il giudice del luogo di residenza o domicilio con maggiori facoltà di controllo della lite e costi più contenuti. Il carattere dell'inderogabilità della competenza territoriale è inoltre perfettamente coerente con l'irrinunciabilità dei diritti attribuiti al consumatore nell'ambito della normativa sui «Contratti fuori dei locali commerciali» (Sez. I) e sui «Contratti a distanza» (Sez. II), costituendo anzi, da questo punto di vista, un loro naturale riflesso sul piano processuale.

Circa la portata operativa della norma di cui all'art. 63, in particolare per quanto riguarda l'espressione «controversie civili inerenti all'applicazione del presente capo», ci si è chiesto se la suddetta competenza inderogabile riguardi *i*) solo le controversie inerenti all'applicazione, in senso stretto, del capo I (relativo, come si è detto, oltre che ai contratti a distanza, anche a quelli negoziati fuori dei locali commerciali) quali, ad esempio, quelle riguardanti il rispetto degli obblighi informativi o l'esercizio del diritto di recesso, ovvero, *ii*) estensivamente, ogni controversia che comunque possa insorgere tra professionista e consumatore per effetto della conclusione di un contratto a distanza (es., azioni di risoluzione o di annullamento del contratto, di risarcimento).

Nel primo senso si pone l'orientamento più risalente, formatosi in relazione alla fattispecie dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, ma estendibile, date le analogie, anche alla categoria dei contratti a distanza. Esso era inteso a limitare lo spettro applicativo del vecchio art. 12 d.l.g. n. 50/1992 alle sole controversie relative al diritto di recesso: in particolare, la Suprema Corte riteneva sussistere la competenza inderogabile per territorio del giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore soltanto per le controversie aventi ad oggetto le condizioni di esistenza o di esercizio del diritto di recesso riconosciuto dall'art. 4 d.l.g. n. 50/1992, nonché per ogni altro aspetto strettamente attinente a tale diritto, con esclusione pertanto delle questioni derivabili da quelle inerenti ad altro contratto, causalmente collegato.

Il secondo orientamento, frutto dell'elaborazione dottrinale di gran lunga prevalente, maturata in relazione all'art. 14 d.l.g. n. 185/1999, dove era rinvenibile l'analoga espressione «inerenti all'applicazione del presente decreto», ritiene invece estensivamente invocabile il foro speciale del consumatore in tutte le controversie nascenti dal contratto a distanza, e dunque non solo a quelle relative allo *ius poenitendi*.

La preferenza per l'una o l'altra posizione non appare sempre agevole, anche in considerazione del fatto che ancora recentemente entrambi gli orientamenti trovano ampi riscontri in dottrina e giurisprudenza.

Un aiuto all'interpretazione della norma può tuttavia essere fornito dalla circostanza che spesso i contratti del tipo di cui si discute hanno un valore economico assai limitato ed esiguo: risulterebbe dunque oltremodo antieconomico ed oneroso per il consumatore agire giudizialmente in una sede diversa da quella di residenza o domicilio. Inoltre, se solo si considera che spesso il consumatore rinuncia ai propri diritti per il troppo dispendio di energie e denaro, in relazione al valore del contratto, necessario per esercitarli, appare evidente che l'interpretazione restrittiva della norma avrebbe probabilmente come suo più importante effetto quello di vanificare l'effettività della tutela disposta dal legislatore, contraddicendo così lo spirito complessivo dell'intero codice del consumo.

Tali considerazioni inducono quindi a ritenere preferibile l'orientamento estensivo di cui si è detto in precedenza.

Ancora sull'interpretazione dell'art. 63, ci si può chiedere se, ai fini dell'individuazione del giudice territorialmente competente, possa rilevare anche il domicilio elettivo del consumatore. Sulla base di un'interpretazione letterale della norma, che individua la competenza territoriale "inderogabile" nel luogo di residenza o di domicilio del consumatore, è da ritenersi non ammessa l'opzione in esame.

Sulla scorta della dottrina più attenta, si ritiene che non sia possibile considerare rilevante la volontà del consumatore al fine di attribuire indirettamente la competenza al giudice di un luogo diverso da quello della residenza e del domicilio, quale identificato dall'art. 43 c.c., e ciò soprattutto in relazione all'esigenza di escludere in radice agevoli possibilità di elusione della norma.

La competenza del giudice del luogo di residenza o domicilio del consumatore sussiste unicamente se essi sono ubicati nel territorio dello Stato. Diversamente, troveranno applicazione le norme stabilite in materia dal codice di procedura civile. Così, nel caso in cui il consumatore (senza residenza o domicilio in Italia) rivesta la qualifica di attore, sarà necessario fare riferimento a quanto disposto dall'art. 18 (residenza o domicilio e se questi sono sconosciuti alla dimora del convenuto) con riferimento al foro facoltativo per le cause relative a diritti di obbligazioni di cui all'art. 20 (luogo ove è sorta o dove doveva eseguirsi l'obbligazione dedotta in giudizio), e ciò senza incorrere in nessun divieto anche nel caso in cui il consumatore convenuto abbia la sua dimora nel territorio italiano.

È stato inoltre osservato (De Marzo) che qualora i criteri ordinari previsti dal codice di rito non conducano all'individuazione di uno specifico ufficio giudiziario italiano, la controversia, qualora sussista la giurisdizione del nostro ordinamento, può essere proposta dinanzi a qualunque giudice italiano scelto dall'attore.

L'incompetenza per territorio, ai sensi dell'art. 63, può essere eccepita dalla parte interessata, sia essa il consumatore o il professionista, o rilevata dal giudice come disposto dall'art. 38, 1° co., c.p.c.

MATTEO MAGRI