

ITALIAN LEGAL SCHOLARSHIP UNBOUND WORKING PAPER SERIES



POINT AND CLICK: E-COMMERCE CONSUMER PROTECTION IN ITALY

Marco Bassini

PG Degree (Law) Candidate, Bocconi University

ABSTRACT

The paper contains an analysis of the efforts undertaken by the Italian legislator in the last few decades – spurred also by the enactment of European directives on the matter – to establish a progressively more precise, but ultimately stratified and precarious, regulatory framework with respect to a phenomenon in great expansion: electronic commerce, which offers a clear exemplification of the difficulties that characterize the complex relationship between law and technology.

Highlighting the immanent limits and problems with respect to the legislator's choices, prominence has particularly been given to the difficulties arising from an obstinate application of general rules to a set of economic practices that would, instead, call for the enactment of subject-specific provisions, thereby requiring the establishment of an entire new branch of the law..

The foregoing analysis is further performed with a special focus on the paradigmatic case of consumer protection. Consumer protection rules in the context of e-commerce are in fact interlaced with both the general discipline of contracts, and the dedicated rules enacted purposefully with a view to e-commerce, thereby offering the clearest example of a regulatory framework “caught” between old and new and, as such, undermined by interpretive controversies.

ILSU WORKING PAPER NO. 2008-13/IT

This paper can be downloaded without charge from

ILSU Working Paper Series
www.ilsuwps.org

POINT AND CLICK: LA TUTELA DEL CONSUMATORE NEL COMMERCIO ELETTRONICO

Marco Bassini*

SOMMARIO

| | |
|---|-----------|
| I. UN'INTRODUZIONE ALLA MATERIA..... | 4 |
| A. LA REGOLAZIONE DEL COMMERCIO ELETTRONICO COME TERRENO D'INDAGINE: COME E PERCHÉ | 4 |
| 1. <i>Perché il commercio elettronico?</i> | 5 |
| 2. <i>Perché la tutela del consumatore?</i> | 6 |
| B. QUALI FINI? | 8 |
| 1. <i>Il ruolo economico dell'e-commerce</i> | 8 |
| 2. <i>La dimensione giuridica dell'e-commerce</i> | 9 |
| 3. <i>Analisi della normativa nazionale sullo sfondo comunitario, in una lettura evolutiva rispetto alle prospettive di sviluppo del fenomeno</i> | 10 |
| a. Il d.lgs. 50/1992 | 11 |
| b. Il d.lgs. 185/1999 | 11 |
| c. Il d.lgs. 70/2003 | 13 |
| d. Il Codice del consumo | 14 |
| 4. <i>Enucleazione dei caratteri fondamentali della disciplina consumeristica derivanti dai più recenti sviluppi normativi e loro comparazione rispetto al diritto comune</i> | 14 |
| 5. <i>Prospettive di sviluppo e quesiti critici</i> | 18 |
| II. IL TORTUOSO PERCORSO GIURIDICO FINO ALL'ATTUALE REGOLAMENTAZIONE..... | 19 |
| A. LA DISCIPLINA DELLE NEGOZIAZIONI FUORI DAI LOCALI COMMERCIALI..... | 19 |
| B. I CONTRATTI A DISTANZA..... | 20 |
| C. UNA DISCIPLINA SPECIFICA PER IL COMMERCIO ELETTRONICO..... | 22 |
| D. LA NECESSITÀ DI UN COORDINAMENTO: IL CODICE DEL CONSUMO | 24 |
| III. IL SISTEMA DI TUTELA DEL CONSUMATORE IN UNA LETTURA TRASVERSALE DELLA LEGISLAZIONE NAZIONALE | 25 |
| A. L'INFORMAZIONE COME BILANCIAMENTO DELL'EROSIONE DEL POTERE CONTRATTUALE.. | 25 |
| 1. <i>Gli obblighi informativi</i> | 25 |
| 2. <i>Una deroga all'ambito applicativo dell'art. 12: la contrattazione via e-mail</i> | 32 |
| a. <i>Profili di disciplina del documento informatico</i> | 34 |
| B. IL DIRITTO DI RECESSO | 36 |
| IV. CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO, CLAUSOLE ABUSIVE E CLAUSOLE VESSATORIE | 40 |

* L'autore desidera ringraziare il Prof. Oreste Pollicino per il vivace sostegno e la preziosa collaborazione accordata.

| | | |
|-----------|---|-----------|
| A. | IL RAPPORTO TRA LA DISCIPLINA GENERALE DEI CONTRATTI E L'EMERSIONE DI MODELLI SPECIALI..... | 40 |
| B. | LA NOVELLA DEL CODICE CIVILE IN MATERIA DI PROTEZIONE DEI CONSUMATORI | 42 |
| V. | ALCUNE CONCLUSIONI..... | 44 |
| A. | LA PROTEZIONE DEL CONSUMATORE NELL'E-COMMERCE FRA STRATIFICAZIONE NORMATIVA, EVOLUZIONE TECNOLOGICA ED INCREMENTO DEI TRAFFICI ECONOMICI..... | 44 |

I. UN'INTRODUZIONE ALLA MATERIA

A. *La regolazione del commercio elettronico come terreno d'indagine: come e perché*

È affermazione ricorrente negli scritti di autori di qualsiasi branca dello scibile (siano essi scienziati, filosofi, narratori, giuristi, sociologi o quant'altro),¹ quella per cui la realtà sarebbe da avvertirsi come un mondo in costante mutamento. Affermazione, quest'ultima, indubbiamente densa di retorica e declinata nelle più variegiate versioni per servire finalità multiformi.

Pur nella consapevolezza della modestia del contributo che si andrebbe ad apportare al dibattito, si ritiene però – in questa sede – di doversi parzialmente dissociare da siffatto modo di pensare: affermare, credere che il mondo sia oggi in costante mutamento significherebbe forse commettere una leggerezza. Il mondo cresce, vero, muta. Ma lo fa tutt'altro che in modo *costante*. Quando si parla di progresso si tende piuttosto ad immaginare una realtà che raggiunge gradazioni *sempre più* forti e intense. Quella di un progresso esponenziale è allora un'espressione – magari tautologica - ma forse più adeguata a descrivere ciò che corrisponde al vissuto quotidiano di ciascuno.² È, infatti, proprio la “incostanza” a dettare il ritmo della crescita, rendendola foriera di incertezza, perché non consente di programmare il futuro in base a prevedibili sviluppi e conseguenze.

Alla luce di ciò, per indulgere in una metafora, si potrebbe allora descrivere il diritto come un maratoneta. Il diritto progredisce infatti costantemente con regolarità, mantiene il proprio “ritmo” nel corso dell'ordinaria attività legislativa condotta nelle realtà nazionali e internazionali, pure al cospetto di stravolgimenti radicali. Insomma, anche rispetto a ciò che è nuovo, e pertanto occorre disciplinare, il diritto mantiene pur sempre il proprio corso. Storicamente, infatti, esso rincorre la prassi: prima un fenomeno nasce e diviene problematico, poi lo si regola. Di norma accade così, salvo che lo stesso diritto introduca istituti radicalmente nuovi che si prestino strumentalmente a influenzare la realtà per rispondere a esigenze emerse in fasi storiche pregresse. Ma non è questo il caso del commercio elettronico, dove è stata piuttosto una prassi sempre più diffusa ad attirare le attenzioni del legislatore, il quale, non senza difficoltà, acquisita la complessità del fenomeno nelle sue pur limitate manifestazioni, vi ha offerto risposta come ha potuto. Forse è proprio questo il problema del diritto; non a caso si è esordito accostandolo ad un maratoneta: non uno scatto, non una progressione, ma sempre un andamento costante, nella costante osservazione della realtà nel suo evolversi e nel suo divenire problematica. Diritto, nel caso in esame, come perfezionamento di strumenti rimediali fino a una nuova disciplina, capace di abbracciare una varietà non inverosimile di applicazioni, attuali, future, possibili o potenziali.

Di fronte all'adozione di nuove tecniche di comunicazione, il diritto ha vissuto un momento di necessario adeguamento. Presa coscienza dell'esistenza di strumenti innovativi, il legislatore si è

¹ La tendenza a descrivere in questo modo la realtà può essere ben rappresentata, ad esempio, forse nella sua originaria manifestazione, dalla metafora del *panta rei* di Eraclito. Invero, occorre cogliere il senso più intimo dell'affermazione in parola: nel testo non si contesta infatti l'utilizzo dell'aggettivo *costante* quale sinonimo di un mutamento perenne, cioè percepibile sempre, in ogni istante della vita sociale, bensì nella sua accezione *quantitativa*, ossia come misura di un fenomeno in evoluzione. In altri termini, se per “costante” vuole intendersi ciò che si reitera con continuità e sempre secondo le stesse proporzioni; ciò che si intende contestare è proprio e solo la seconda parte di questo assunto, e cioè che il mutamento conservi le *medesime* dimensioni nel suo perenne manifestarsi.

² Per una rappresentazione grafica capace di cogliere il senso di questa metafora si veda F. SANTORO, *Il commercio elettronico*, Edizioni FAG, 2002, p. 29, circa l'evoluzione del mercato in rete.

interrogato circa le modalità tramite le quali essi potessero influenzare i traffici giuridici degli agenti economici, individuando nelle esigenze di tutela a favore dei contraenti deboli un'irrinunciabile occasione di intervento.

1. Perché il commercio elettronico?

Prima ancora di essere definito, il commercio elettronico deve essere inteso per ciò che esso è: una tecnica di negoziazione a distanza.³

Ora, l'esperienza insegna come le tecniche di negoziazione a distanza portino appresso vantaggi (pur talora più apparenti che reali) per chi ne sia frequente utilizzatore, giustificandone un diffuso ottimismo, e – contestualmente - timori spesso infondati da parte di chi vi guardi con diffidenza. La verità, come sempre, sta (probabilmente) nel mezzo. Sarebbe infatti ingenuo considerare il commercio elettronico, prima ancora di chiarire cosa esso sia, come un fenomeno dal quale un profano qualsiasi farebbe bene a stare lontano. Altrettanto ingenuo sarebbe mostrare un atteggiamento di acritica venerazione verso l'innovazione che ha condotto all'affermazione di nuovi strumenti tecnici per la conclusione di contratti, incensando di entusiasmo strutture delle quali, nella maggiore, si ignorano funzionamento e risvolti problematici.⁴

Si diceva dunque come il commercio elettronico sia da considerarsi una tecnica di negoziazione a distanza. Che proprio perché a distanza,⁵ utilizza apparecchiature informatiche. E proprio perché utilizza apparecchiature informatiche è fenomeno delicato e complesso. Nonché, e qui il pane per i giuristi, problematico. Sarebbe, infatti, illusorio coltivare la pretesa di avere oggi a disposizione una regolazione piena, esaustiva ed efficace rispetto a un fenomeno complesso e solo agli albori. Perché, per fortuna o purtroppo, i problemi nascono spesso, è innegabile, dalla prassi. Ma talvolta nascono dalla stessa regolamentazione.

Ciò premesso, l'oggetto del presente lavoro, la tutela dei consumatori, viene dunque ad innestarsi su di uno sfondo, quello dell'e-commerce, forse di non immediata e facile comprensione. Le considerazioni summenzionate dovrebbero confermare quest'impressione. Ma questo sembra pacifico: fare oggetto di ricerca ciò che non è problematico corrisponde probabilmente ad uno sterile ed improduttivo esercizio di pensiero. E l'attività del giurista, tendente per sua natura a individuare soluzioni ai conflitti di interessi emergenti dalla realtà, dalla prassi, non potrebbe che avere di mira questo. Affrontare un terreno come il commercio elettronico è poi ancor più affascinante, perché trattasi di un fenomeno che si è evoluto nel tempo, raggiungendo dimensioni e consistenza tali da farlo assurgere a quotidianità, quasi, forse, a costume sociale.⁶ Esaminare questo problema è allora operazione che implica l'assunzione di una prospettiva dinamica: guardare al diritto nel suo progressivo adeguarsi all'evoluzione dei fenomeni che esso governa.

³ Definizione legittima, anche se sarebbe scorretto considerare l'ambito del commercio elettronico coincidente con quello delle negoziazioni a distanza. La precisazione è cara ad A. FRATERNALE, *I contratti a distanza*, Giuffrè, 2002, pp. 22-23.

⁴ Non è casuale, in proposito, che la storia del commercio elettronico venga descritta come un «alternarsi di picchi di entusiasmo e di profonde disillusioni»: G. BELLANTUONO, *Asimmetria informativa e razionalità limitata nei mercati elettronici*, in *Diritto e tecnologie evolute del commercio elettronico*, ed. G. PASCUZZI, Giuffrè, 2004.

⁵ Altrettanto legittimo, in questa sede, anticipare una definizione di tecnica di comunicazione (e quindi di negoziazione) a distanza come «qualunque mezzo che, senza la presenza fisica e simultanea del fornitore e del consumatore, possa impiegarsi per la conclusione del contratto tra le parti» (M. TIDONA, *I pagamenti elettronici*, Maggioli, 2001, p. 13).

⁶ Esaurire il discorso dell'e-commerce, come si farà oltre per ragioni di sintesi, ai soli modelli del *business to business* e del *business to consumer* sarebbe sacrilego: non deve stupire che tra le forme più socialmente diffuse di negoziazione on-line ricorrono, ad esempio, le aste fra utenti consumer. A testimoniare la complessità del panorama la classificazione dei segmenti di mercato su internet di F. SANTORO, (nt. 2), pp. 65-66.

Risulta infatti importante per il tema trattato osservare con quali tempi e modi il legislatore abbia reagito alla presenza nella realtà di forme e costumi che sono venuti ad acquisire consistenza sempre più rilevante, entrando a pieno titolo nell'area del giuridicamente rilevante.

2. *Perché la tutela del consumatore?*

Perché mettere a fuoco – nell'ambito dell'e-commerce – proprio la tutela del consumatore? Può sembrare ridondante, ma occorre muovere dall'assunto per cui l'informazione è potere, anche contrattuale. E che il diverso potere contrattuale di cui ogni agente economico dispone determina il raggiungimento di un punto di equilibrio diverso nella negoziazione, quindi un regolamento contrattuale che potrà pendere o meno dalla sua parte, realizzandone in tutto o in parte le pretese.⁷ Quello appena descritto con grande concisione è un meccanismo che si ritrova pressoché intatto in tutte le relazioni che caratterizzano il traffico giuridico tra i privati. Esso è pacifico, e difficilmente si potrà negare nella prassi.

Vi sono però anche situazioni particolari, tutt'altro che infrequenti, nelle quali emerge la figura del contraente debole. Trattasi di fattispecie connotate da una struttura tale per cui, inevitabilmente, su di un soggetto gravano pesi e rischi non comuni alla controparte. In queste ipotesi il potere contrattuale dell'agente risulta drasticamente ridotto. Nel terreno del commercio elettronico, per esempio, hanno preso piede i contratti per adesione, schema negoziale che prevede, da parte di un soggetto, l'acquirente, la mera prestazione di un consenso.⁸ Banalmente, un sì o un no.

Questa figura di contraente debole è generalmente incarnata dalla categoria del "consumatore". Peraltro, all'infuori dei tipi umani e sociali che essa sembra istintivamente evocare, va anche ricordato come in realtà, ciascun soggetto, anche un operatore professionale, potrebbe partecipare al traffico economico in veste di consumatore. Esistono, a confermare questo rilievo, svariate definizioni, contenute in leggi speciali,⁹ di consumatore. Definizioni valide

⁷ Si veda R. COOTER, U. MATTEI, P. G. MONATERI, R. PARDOLESI e T. ULEN, *Il mercato delle regole*, Il Mulino, 1999, pp. 206-10.

⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, ed. G. IUDICA – P. ZATTI, Giuffrè, 2001.

⁹ Tra queste, consumatore è definito in modo sostanzialmente analogo nel d.lgs. 50/1992 e nel d.lgs. 185/1999, rispettivamente all'art. 2 come "la persona fisica che, in relazione ai contratti o alle proposte contrattuali disciplinati dal presente decreto, agisce per scopi che possono considerarsi estranei alla propria attività professionale" e all'art. 1 come "la persona fisica che, in relazione ai contratti di cui alla lettera a) [contratti a distanza], agisce per scopi non riferibili all'attività professionale eventualmente svolta"; similmente anche la legge 181/1998 ("Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti"), che all'art. 2 parla di "persone fisiche che acquistino o utilizzino beni o servizi per scopi non riferibili all'attività imprenditoriale e professionale eventualmente svolta"; diversamente, invece, il d.lgs. 111/1995 ("Attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti tutto compreso") riferisce la nozione di consumatore a "l'acquirente, il cessionario di un pacchetto turistico o qualunque persona anche da nominare, purché soddisfi a tutte le condizioni richieste per la fruizione del servizio, per conto della quale il contraente principale si impegna ad acquistare senza remunerazione un pacchetto turistico". In realtà, sul punto il maggiore contributo proviene dalla giurisprudenza, che a lungo ha dibattuto circa la possibilità di riconoscere ed estendere le medesime garanzie accordate al consumatore nei confronti del professionista, allorché questi agisca con scopi non riferibili all'attività imprenditoriale o professionale svolta: in senso estensivo si è pronunciato Tribunale di Roma 20 ottobre 1999, includendo nella nozione di consumatore anche il "professionista o imprenditore per il quale la conclusione del contratto non sia atto della professione come lo è per la sua controparte"; in senso opposto invece si registra Cass. 14 aprile 2000, n. 4843, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 524, giunta a negare lo status di consumatore alla persona "che, in vista di intraprendere un'attività imprenditoriale, cioè per uno scopo professionale, acquista gli strumenti indispensabili per l'esercizio di tale attività". La questione ha trovato definitiva soluzione con la pronuncia Corte giust. 22 novembre 2001, nn. C-541/99 e 542/99, la quale ha stabilito che la nozione di "consumatore", così come definita dalla direttiva 93/13/CEE, relativa alle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, "dev'essere interpretata nel senso che si riferisce esclusivamente alle persone fisiche". In precedenza la Corte

generalmente soltanto ai fini del provvedimento che le riporta, quindi prive di carattere generale e di pretesa d'universalità. Quella che nel presente contesto assume importanza e che corrisponde all'accezione con cui si parlerà, nelle pagine che seguiranno, di consumatore è la definizione offerta dal d.lgs. 70/2003 alla lettera e) dell'art. 2: «*qualsiasi persona fisica che agisca con finalità non riferibili all'attività commerciale, imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*». Definizione, questa, che cristallizza comunque i tratti essenziali della figura del "consumatore", così come recepiti anche in altri provvedimenti normativi.¹⁰

Detto della figura del consumatore come contraente debole, occorre ancora capire perché concentrare la riflessione intorno a un tema, come le misure adottate dal legislatore al fine di apprestarne adeguata protezione.¹¹

Due sono, fondamentalmente, le ragioni di carattere metodologico che hanno ispirato questa scelta. In primo luogo, nel solco dell'accennata visione del diritto come soggetto a velocità costante in un mondo in accelerazione, si intendeva svolgere un'analisi tesa a valutare la capacità del legislatore di avvertire, all'interno della prassi, un fenomeno – peraltro in perenne sviluppo – come fonte di criticità rispetto alle posizioni soggettive di quanti vi partecipassero. In altri termini, si volevano sondare, attraverso questa prospettiva di indagine, la profondità di comprensione e la capacità di analisi critica del legislatore rispetto a situazioni nuove.

In secondo ordine, si volevano mettere in evidenza la difficoltà insite nel tentativo di reperire strumenti giuridici (diritti ed obblighi) funzionali a fornire adeguata protezione nel - e a incentivare il - ricorso alle nuove tecnologie. Il legislatore dovrebbe infatti cercare di evitare che il difficile inquadramento giuridico di nuovi strumenti - nati dalla prassi - per la realizzazione di operazioni economiche si risolva nel loro abbandono, nel timore che il ricorso ad essi risulti sfornito di una disciplina precisa, e compromettendone così l'attitudine a garantire un'effettiva soddisfazione dei bisogni.¹²

Alla luce di ciò, è dunque possibile chiarire come il campo d'indagine prescelto sia ricco di spunti per soddisfare entrambi questi filoni di analisi: esso consente infatti di valutare non solo la reazione legislativa all'emersione di nuovi percorsi negoziali, ma anche come i tentativi di regolamentazione siano riusciti (o meno) nel colmare il divario con le forme di negoziazione tradizionali e ad incoraggiare l'adozione delle nuove tecnologie.¹³

Il fenomeno dell'e-commerce, a livello legislativo, è stato recepito solo di recente in modo frontale; ma già un decennio prima del d.lgs. 70/2003 il legislatore italiano aveva mostrato primi

Costituzionale (ord. Corte cost. 282/1999) aveva dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità sollevata riguardo all'art. 1469-bis nella parte in cui definisce consumatore soltanto la persona fisica che agisca per scopi non riconducibili all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta. I principali riferimenti sul tema sono disponibili al sito <http://www.consumerlaw.it/consumatore_danni_es/consumatore.htm>.

¹⁰ Si veda, ad esempio, il d.lgs. 206/2005, art. 3.

¹¹ Al quesito "perché tutelare il consumatore?", la cui risposta precede logicamente e giustifica la scelta di questo tema d'indagine, i commentatori hanno offerto soluzioni variegata, più o meno convergenti. Tra le più illustri disquisizioni pare degna di menzione quella di G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Laterza, 2002, pp. 23 e ss.

¹² L. FURIGUELE, *Contratti a conclusione telematica*, in *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie. Volume I – Gli Scambi*, ed. F. BOCCHINI, Giappichelli, 2003, p. 146: «Il contratto telematico, in virtù della diversità della sua articolazione, pone all'interprete due distinti ordini di problemi: il primo ha riguardo alla verifica della capacità dell'ordinamento giuridico esistente di recepire le novità che la tecnologia introduce; il secondo, strettamente collegato al primo, concerne la valutazione degli strumenti introdotti dal diritto, ove carenti, per il superamento degli ostacoli che la nuova modalità di conclusione del contratto, inevitabilmente, presenta».

¹³ Il tema prescelto consente quindi di valutare l'emersione di «un diritto elastico, che possa adattarsi alle nuove necessità di una tecnologia in continua evoluzione, ma che ne sappia comunque circoscrivere il campo di azione, determinandone limiti e confini»: così A. LISI, *Il negozio telematico. I profili giuridici di un e-shop*, Halley, 2007.

segni significativi di una rinnovata sensibilità verso il problema della tutela dei contraenti deboli in materia contrattuale. Tale atteggiamento è incarnato dal d.lgs. 50/1992, che dispiega un quadro normativo molto specifico e circostanziato, riferendosi alla tutela dalle tecniche aggressive di negoziazione, a volontà di proteggere i contraenti per i contratti conclusi fuori dai locali commerciali. È un primo, significativo, emblema della rilevanza di un fenomeno che, nel rapido corso di un decennio, cambierà pelle e conformazione, permanendo tuttavia espressivo delle medesime criticità che avevano reso necessario un intervento regolativo.

B. Quali fini?

1. Il ruolo economico dell'e-commerce

L'attenzione verso il fenomeno del commercio elettronico si giustifica solo se si è in grado di comprenderne la portata ampiamente innovativa nel mondo dei traffici economici. Queste considerazioni, per rivelarsi decisive e pregnanti, devono muovere da una prospettiva ben precisa, che è quella tendente ad analizzare il vincolo contrattuale che unisce le parti.

L'innovazione tecnologica ha condotto all'introduzione, nel novero dei beni commerciabili, di nuovi prodotti e servizi (ad esempio, un software oppure un servizio di navigazione in rete). Limitarsi a questa affermazione sarebbe però riduttivo, perché il fenomeno poc'anzi descritto riflette ciò che accade in qualsiasi settore della tecnologia: un nuovo bene, giudicato di utilità sociale, idoneo a soddisfare i bisogni dei consociati, è immesso nel traffico economico. Questo è accaduto, con caratteri e tinte più o meno simili, per una serie svariata di articoli: dal tv color al forno a microonde, passando per una miriade di beni divenuti di uso comune. Il carattere fortemente innovativo e, per certi versi, rivoluzionario dell'evoluzione della tecnologia dell'informazione risiede nella strumentalità rispetto al compimento di operazioni economiche.¹⁴ Acquistare un lettore mp3 consente di ascoltare la musica che si preferisce in ogni luogo e tempo. Nulla di più e nulla di meno. Acquistare un computer e navigare in internet spalanca invece le porte verso un orizzonte potenzialmente infinito di operazioni. Il computer e internet, beni la cui commerciabilità è emersa prepotentemente negli ultimi decenni, fino ad affermarli come connotativi di un nuovo tipo di società, la c.d. *società dell'informazione*, sono, ancora prima che di consumo, beni strumentali. O perlomeno, questo è quanto accade nella maggior parte dei casi.

Vi è poi un secondo aspetto che si affianca all'evoluzione della tecnologia dell'informazione nel contribuire alla definitiva affermazione del commercio elettronico. Se la disponibilità di computer e internet (rispettivamente, il mezzo di trasporto e l'infrastruttura di collegamento) costituisce un supporto *strumentale*, di certo occorrerà infatti chiedersi rispetto a quali *fini* si espliciti detta strumentalità.

La realtà che ha gradualmente trovato piede negli ultimi decenni in campo negoziale – e qui la prospettiva in cui intendo muovermi è più squisitamente giuridica – ha infatti contribuito in misura determinante ad incrementare lo sviluppo e le potenzialità degli strumenti informatici come mezzi *di contrattazione*.

¹⁴ «La specificità non si esaurisce nella circostanza che la transazione si perfeziona per via telematica, ma abbraccia anche la circostanza che per via telematica si svolgono pure la ricerca del contraente, lo svolgimento delle trattative, il versamento del corrispettivo, e addirittura, nel caso di beni immateriali (si pensi al software o ai brani musicali), la distribuzione e la consegna» (A. DI AMATO, *La qualificazione delle transazioni in etere come contratti di massa e i diritti dei consumatori. Le clause vessatorie*, in *Il commercio via internet*, ed. G. CASSANO, Casa Editrice La Tribuna, 2002, p. 55).

Le moderne economie tendono a movimentare grandi capitali per la distribuzione di beni e servizi destinati ad appagare le pretese dei consociati. La standardizzazione dei beni ha investito gradualmente anche le forme negoziali. Ne è testimonianza la diffusione di modelli contrattuali che degradano il ruolo della volontà, fino a ridurla a semplice espressione di un consenso, che vede di fronte a sé l'alternativa obbligata tra la conclusione o meno del contratto. Si assiste all'emersione del fenomeno della contrattazione di massa, dove si affermano schemi e tecniche che rendono evidente la perdita di potere contrattuale da parte degli utenti, nei confronti di un fornitore che predispose unilateralmente il regolamento contrattuale, incapaci perfino di stimolare una trattativa o ottenere una modifica riguardo ad una specifica clausola. Lo schema del contratto per adesione è il risultato di questo processo che, inizialmente circoscritto alla grande distribuzione (i c.d. "mass contracts"), estende la propria rilevanza anche a fenomeni che si collocano oltre i limiti iniziali.¹⁵

La contrattazione via internet, che dispensa le parti dalla simultanea presenza fisica, come luogo virtuale che difficilmente si presta a trattative o discussioni alla ricerca di equilibrio contrattuale, è terreno d'azione privilegiato (ancorché non esclusivo) per questo schema negoziale. Ciò investe, naturalmente, tanto il commercio elettronico tra operatori quanto quello che si rivolge direttamente ai consumatori. In particolare – ma tale tema sarà oggetto di attenzioni più avanti e ad altri propositi – la conclusione del contratto attraverso internet si confeziona spesso mediante la tecnica detta "point and click",¹⁶ dove l'utente (sia esso un professionista ovvero un consumatore) costringe l'espressione del proprio consenso entro la semplice selezione di una casella o di un *form* e la pressione di un apposito bottone.

2. La dimensione giuridica dell'e-commerce

Risulta evidente dal quadro abbozzato come il fenomeno ponga implicitamente la necessità di una serie di misure in grado di assicurare adeguata tutela per i contraenti deboli, già privati di buona parte del loro potere contrattuale, ridotto talvolta a semplice espressione di consenso.

Il commercio elettronico si è per la verità rivelato, sin dalle sue origini, come un fenomeno meritevole delle attenzioni del legislatore, e specialmente a seguito delle connotazioni gradualmente assunte che ne hanno determinato una maggiore complessità.¹⁷ L'inerzia del legislatore a mostrare sensibilità verso le pretese regolative ora descritte ha trovato probabilmente le sue origini nella tendenza a considerare il commercio per via telematica come uno sviluppo, dovuto a maggiore sofisticazione dei mezzi strumentali, della contrattazione a distanza. Vero è che la categoria in esame è certamente integrata dall'e-commerce; nondimeno le peculiarità innegabilmente ad esso riconducibili, che hanno determinato una parziale rottura

¹⁵ Sul tema, di nuovo V. ROPPO, (nt. 8).

¹⁶ Della fattispecie del contratto "point and click" G. CASSANO in *Diritto dell'Internet*, Giuffrè, 2005, offre una definizione in via incidentale a proposito della controversa questione della sottoscrizione di un contratto telematico, a p. 295: «Comunemente si intende per tale quella modalità di conclusione del contratto *on line* che passa attraverso la visualizzazione sul *monitor* del PC connesso ad Internet del regolamento contrattuale predisposto dal commerciante *on line*, con il quale si richiede il riempimento dei campi (c.d. *form*) volutamente lasciati in bianco dal proponente; quali, ad esempio, il nome dell'aderente, il luogo ove si desidera venga spedita la merce [...] e quant'altro sia ritenuto necessario ai fini della determinazione dell'accordo».

¹⁷ Sul punto E. M. TRIPODI, *Alcuni interrogativi sul d.lgs. 70/2003 di recepimento della direttiva sul commercio elettronico*, in *Corriere giuridico*, 2004, 6, p. 832: «L'obiettivo è quello di stabilire uno standard orizzontale tra gli Stati membri dell'Unione europea fondato prevalentemente su un complesso di obblighi informativi posti a carico dei soggetti che svolgono attività economiche su Internet: ciò è ritenuto necessario per incrementare la fiducia dei consumatori-utenti di Internet, fino al raggiungimento di quella soglia critica in grado di rendere remunerativa l'attività *on line*».

rispetto ad alcuni schemi tradizionali, avrebbero probabilmente richiesto una reazione meno timida. Conseguenza di ciò è dunque l'esistenza, oggi, di difficoltà di coordinamento della materia rispetto alla disciplina di fenomeni correlati,¹⁸ difficoltà cagionate dalla presenza di comparti di stratificazione normativa spesso di criptica lettura, sui quali non si sono risparmiati affatto i più attenti commentatori.

Occorrerà altresì tenere in considerazione un altro significativo fattore che alimenta difficoltà non indifferenti nell'estrinsecazione di un quadro regolativo esaustivo, capace di fotografare con qualità di dettaglio i principali momenti di protezione del consumatore: trattasi della circostanza per cui il legislatore non ha specificamente dedicato un provvedimento normativo in materia indirizzandosi *esclusivamente* alla figura e al ruolo del consumatore, enucleando invece un quadro destinato a trovare applicazione – tendenzialmente – sia nel fenomeno del B2B (*business to business*: circolazione di beni o servizi tra professionisti) che nel B2C (vendita di beni e prestazione di servizi verso i consumatori). Risulta pertanto doveroso ai fini esegetici della disciplina individuare quali caratteri definiscano la figura del consumatore e, conseguentemente, quali disposizioni apprestino un più marcato profilo protettivo rispetto a quest'ultimo. Tale operazione potrà svolgersi con esiti soddisfacenti soltanto facendo proprio un confronto rispetto alle diverse esigenze di tutela che concernono la figura del professionista.

3. Analisi della normativa nazionale sullo sfondo comunitario, in una lettura evolutiva rispetto alle prospettive di sviluppo del fenomeno

Analizzare la posizione del consumatore sullo sfondo normativo attuale è certamente ambizione che si scontra con il quadro di riferimento che è via via mutato nel corso dell'ultimo decennio, in ottemperanza anche alle indicazioni che il legislatore comunitario ha offerto in materia. Naturalmente l'evoluzione normativa riflette la crescente complessità che il fenomeno ha assunto sul piano non solo economico, ma anche social-tipico, cosa che giustifica la presenza di disposizioni che regolano anche con una certa prudenza la materia.

Un altro aspetto non può essere ignorato o sottovalutato nel contesto di un'indagine come quella in svolgimento: l'analisi della normativa dedicata alla protezione del consumatore nel commercio elettronico esige una lettura trasversale che coinvolga tanto la regolamentazione del fenomeno in sé (affidata al d.lgs. 70/2003) quanto quella più segnatamente finalizzata alla tutela dei consumatori (d.lgs. 50/1992, d.lgs. 185/99, Codice del Consumo), comparto normativo, quest'ultimo, che si suole descrivere parlando di disciplina consumeristica, di recente emersione¹⁹ e foriero di una sensibilità decisamente innovativa nell'ordinamento. L'abilità dell'interprete dovrà esercitarsi dunque nel saper raccogliere, da un lato, gli spunti di maggiore significato, nonché criticità, nella regolazione dell'e-commerce, e, dall'altro, le norme di protezione che meglio si prestano ad adeguarsi e ad applicarsi nell'ambito in esame.

¹⁸ Tra i quali, ad esempio, la negoziazione fuori dai locali commerciali.

¹⁹ In proposito nota G. ALPA, (nt. 11), p. 4: «La scoperta del consumatore è piuttosto recente. Essa è un dato tipico delle società opulente, e avviene gradualmente in tutti i paesi occidentali, via via che si raggiungono gli stadi del capitalismo avanzato. Alla scoperta del consumatore non fa seguito, tuttavia, l'adozione immediata di misure legislative a sua difesa. Occorrerà un lungo tempo per sensibilizzare l'opinione pubblica e richiamare l'attenzione dei legislatori sui problemi dei consumatori».

a. Il d.lgs. 50/1992

In una prima fase, le esigenze di tutela del consumatore sono state affrontate dal legislatore attraverso la regolazione delle negoziazioni fuori dai locali commerciali, caratterizzate da particolare sfavore per il consumatore, evocate dall'utilizzo di espressioni quali "vendite aggressive" o "effetto sorpresa". Un'analisi in chiave economica rivela che il fenomeno in esame deteriora il potere contrattuale del consumatore, che, colto in un contesto diverso da quello in cui tipicamente si svolgono negoziazioni, coinvolto in una trattativa rispetto alla quale non dispone di un bagaglio informativo adeguato, è impossibilitato ad operare un confronto tra opportunità alternative che si potrebbero rivelare maggiormente vantaggiose. La problematicità del fenomeno si coglie allora ove si consideri come ciascun agente economico agisca sempre nella prospettiva razionalistica della massimizzazione dell'utilità derivante dalle proprie scelte economiche, che chiama in causa l'implicita volontà di limitare i costi.

La normativa in esame, condensata nel d.lgs. 50/1992, accentra le attenzioni dedicate a istanze protettive nella previsione di un diritto di recesso esercitabile liberamente dal consumatore, a prescindere dall'esistenza di un effettivo elemento perturbativo del normale processo di formazione della volontà dell'agente contrattuale. Trattasi di una forma di protezione che si trasferisce al momento successivo alla formazione del vincolo contrattuale, e fa da pendant al deficit informativo che grava sul consumatore all'atto della conclusione dell'accordo. Questi può dunque liberarsi dall'impegno unilateralmente e senza la necessaria sussistenza di pregiudizi rispetto al suo processo volitivo; gode pertanto di una fase post-contrattuale – nella quale l'efficacia del vincolo resta caducabile – preordinata alla valutazione dell'operazione e delle sue condizioni.

Naturalmente, tenendo conto che il decreto fu emanato agli inizi degli anni '90 e dell'accertata evoluzione della tecnica, non si può prescindere, nell'approccio a queste norme, dal considerarle oggi come un comparto applicabile solo attraverso una forzosa analogia all'ambito del commercio elettronico. Tale applicazione, fintantoché ha avuto luogo, si fondava infatti su una poco persuadente (almeno così è dato affermare tuttora, con buon grado di ragionevolezza) *fiction* che proponeva l'equiparazione tra negoziazione fuori dai locali commerciali e negoziazione per via telematica.²⁰ Peraltro l'argomento, già in sé piuttosto fragile, si espone oggi a rilievi di immediata evidenza, che emergono ponendo mente almeno a due sottolineature: anzitutto l'osservazione che molti siti internet, allo stato attuale, si presentano come veri e propri negozi on-line; in secondo ordine, la possibilità di concludere un contratto di vendita on-line non esclude il possesso di un'adeguata informazione per il consumatore, che gode quindi di un pur discreto potere contrattuale (limitato ma intatto), la cui erosione la disciplina del '92 è volta ad evitare.

b. Il d.lgs. 185/1999

Un quadro decisamente più adeguato a qualificare e valorizzare le istanze protettive dei consumatori è quello che il legislatore delegato ha prodotto con l'emanazione del d.lgs. 185/1999, dedicato in modo specifico alla tutela dei consumatori in materia di contratti a

²⁰ Art. 9, c. 1, d.lgs. 50/1992: «Le disposizioni del presente decreto si applicano anche ai contratti riguardanti la fornitura di beni o la prestazione di servizi, negoziati fuori dei locali commerciali sulla base di offerte effettuate al pubblico tramite il mezzo televisivo o altri mezzi audiovisivi, e finalizzate ad una diretta stipulazione del contratto stesso, nonché ai contratti conclusi mediante l'uso di strumenti informatici e telematici».

distanza.²¹ Se si erano espressi dubbi intorno alla forzosa applicazione all'e-commerce della disciplina poc'anzi descritta, va detto che molti degli interrogativi emersi in quella sede sono stati così sopiti.²² Il decreto sembra infatti pacificamente comprendere il fenomeno della contrattazione per via telematica, che integra indubbiamente una fattispecie di negoziazione a distanza che dispensa le parti dalla simultanea presenza fisica. Con questo provvedimento si è dunque affermata una sensibilità nuova da parte del legislatore, capace di disciplinare con attenzione crescente ambiti della contrattazione a distanza "atipici", rilevando altresì la posizione del consumatore come contraente debole bisognoso di tutela. Un'immagine, quest'ultima, certamente comune al provvedimento del 1992, che però è ora considerata in forme parzialmente diverse e, per così dire, con maggiore incisività. In altri termini, se in precedenza contraente debole bisognoso di tutela era il consumatore indotto alla negoziazione in un contesto particolare (proprio perché estraneo) e a lui sfavorevole, ora elemento centrale diviene la figura dell'agente economico che si procura beni e servizi attraverso tecniche di comunicazione a distanza.

Proprio la diversa *ratio* ispiratrice del provvedimento ha indotto l'adozione di strumenti protettivi solo in parte comuni a quelli previsti dal d.lgs. 50/1992. Mantenendo ferma l'attribuzione del diritto di recesso, il decreto concentra l'attenzione sulla necessità che il consumatore presti un "consenso informato"²³ rispetto alla formazione dell'accordo contrattuale. Tale preoccupazione si traduce nella previsione di determinati obblighi informativi, che devono rivestire forme specifiche. Per il cyber consumatore questo momento normativo costituisce senza ombra di dubbio un passo in avanti che lo rende beneficiario di maggiori tutele: alla previsione dei summenzionati obblighi a proprio favore, la cui mancanza è variamente sanzionata – anche attraverso l'addebito di una responsabilità precontrattuale (ma il punto suscita dubbi, meritando approfondimento)²⁴ in capo al contraente che vi si sottragga –, egli cumula un diritto di recesso liberamente esercitabile.

Naturalmente non hanno mancato di manifestarsi alcune criticità rispetto al tentativo di dare una lettura anche contenutisticamente consequenziale dei due decreti, rivelatrici delle difficoltà di coordinamento esistenti tra talune delle norme ad essi affidate.²⁵ Tuttavia si dirà²⁶ come tali questioni abbiano trovato e, ove residuo, potrebbero trovare ancora oggi rimedio grazie all'applicazione di principi, mutuati anche da regole civilistiche, che riservano una posizione di favore al consumatore, nonché per merito dell'opera di ricognizione della disciplina consumeristica attuata del Codice del consumo nel 2005.

²¹ Sul rapporto tra d.lgs. 50/1992 e d.lgs. 185/1999 con riguardo ai contratti del commercio elettronico, si registra l'intervento di F. SCORZA, *La tutela del consumatore in Internet*, Simone, 2000, p. 55 che propone «l'applicazione del vecchio principio per cui *lex specialis derogat generali*».

²² In tal senso si esprime inequivocabilmente F. TOMASSI, *I contratti del commercio elettronico*, in *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, ed. G. CASSANO, Giuffrè, 2003, p. 271.

²³ L'espressione è di G. ALPA, *Contratti a distanza. Prime considerazioni*, in *I Contratti*, 1999, p. 850.

²⁴ V. *infra*, p. 29.

²⁵ Si pensi alle incertezze che potevano in passato caratterizzare l'individuazione della disciplina cui fosse riconducibile una determinata fattispecie: una vendita a distanza, seppure attraverso una forzatura interpretativa, si sarebbe potuta ricomprendere nel più ampio campo delle negoziazioni fuori dai locali commerciali; viceversa, non tutti i contratti negoziati fuori dai locali commerciali possono definirsi a distanza, ed è proprio questo il nucleo problematico del coordinamento. Se infatti l'informativa vale per i contratti a distanza, quale ragione giustificerebbe la sua esclusione per le negoziazioni fuori dai locali commerciali? L'alternativa fra applicazione o meno degli obblighi informativi ex d. lgs. 185/1999 anche alle negoziazioni fuori dai locali commerciali ha perso di significato a fronte dell'emanazione del Codice del consumo, che ha sancito la regola generale e inderogabile per i consumatori dell'informativa necessaria.

²⁶ V. *infra*, p. 25

c. Il d.lgs. 70/2003

Il referente normativo più specificamente rilevante per quanto attiene la materia del commercio elettronico va però individuato nel più recente d.lgs. 70/2003, emanato in attuazione della direttiva 2000/31/CE, relativa a taluni servizi della società dell'informazione. Si tratta invero di una sostanziale riproduzione dell'atto comunitario nel diritto interno, scelta che ha suscitato le critiche di alcuni commentatori,²⁷ i quali vi hanno indicato un'occasione persa per valorizzare i tratti che maggiormente caratterizzano la disciplina nazionale e dettare una più efficace risposta alle specifiche esigenze di tutela. Non può negarsi comunque al decreto il merito di aver trasposto nell'area del "giuridicamente rilevante" un fenomeno, come il commercio elettronico, ormai giunto a maturazione e consistenza autonoma. Si tratta infatti di un provvedimento *ad hoc*, pensato cioè appositamente per la disciplina del commercio elettronico, inteso sia nella declinazione del *business to business*, sia in quella del *business to consumer*. Sarà pertanto opportuno, se non necessario, estrarre dalla disciplina quelle norme che si dirigono più direttamente alla protezione dei consumatori, evidenziando e cercando di giustificare, qualora esigenze di tutela del consumatore si siano tradotte in vere e proprie norme speciali, le divaricazioni di maggiore ampiezza rispetto alla disciplina generale.

La portata innovativa del provvedimento in esame risiede nella circostanza che esso stabilisce regole specifiche onde evitare il ricorso ad analogie o adattamenti spesso forzosi di comparti normativi dedicati a fenomeni simili, come invece avrebbe imposto il richiamo al d.lgs. 50/1992 che si sarebbe altrimenti reso necessario al fine di colmare eventuali vuoti normativi. Altro merito che va ascritto alla direttiva è, senz'altro, di avere individuato una definizione di "e-commerce", in precedenza espressione priva di cittadinanza nel nostro ordinamento. L'art. 2, lett. a) definisce infatti "commercio elettronico" come «prestazione di servizi a distanza, per via elettronica, a richiesta individuale di un destinatario di servizi».²⁸ Infine, l'origine comunitaria consente di comprendere la ratio della disciplina del commercio elettronico, consistente nella creazione di un mercato unico digitale, obiettivo il cui raggiungimento non può che passare per l'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione dei servizi.

Il fulcro della normativa, che si è detto tendere solo indirettamente alla protezione dei consumatori, è ancora una volta rappresentato dalla previsione di vari obblighi a contenuto informativo gravanti sul fornitore di beni o servizi, che accrescono l'informazione e quindi il potere contrattuale del consumatore. Esigenze di coordinamento si presentano indefettibilmente in conseguenza del fenomeno di stratificazione legislativa che coinvolge anche le fonti previgenti; tuttavia alcune delle difficoltà interpretative emergenti in tal senso, specialmente quelle relative alla tutela del consumatore, trovano almeno parziale rimedio grazie anche alla particolare tecnica normativa adottata dal legislatore prima comunitario e poi nazionale, mediante la previsione di inderogabilità, da parte dei consumatori, di disposizioni altrimenti derogabili per accordo tra le parti.

Una doverosa precisazione riguarda poi la definizione del campo applicativo delle misure contemplate dai provvedimenti finora descritti. È lo stesso legislatore che ha talora provveduto, come agli articoli 12 e 13 del d.lgs. 70/2003, ad esplicitare ipotesi che rimangono immuni da

²⁷ E. M. TRIPODI, (nt. 17), p. 830: «La direttiva [...] lasciava comunque qualche "spazio di manovra" che poteva essere impiegato per inserire dei "contenuti nazionali", cosa che non è avvenuta. [...] Una soluzione "pratica" della questione, con la redazione di un decreto il più possibile fedele alla direttiva, di modo da adempiere agli obblighi di recepimento correndo il minore numero di rischi possibili, lasciando però insolte tutte le questioni alle quali si poteva (doveva) porre rimedio o, quantomeno, offrire una indicazione».

²⁸ Sul punto approfondisce l'analisi F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, CEDAM, 2004, p. 142.

alcune prescrizioni. Analizzando le norme ora citate si apprende che l'articolata previsione di obblighi informativi non risulta vincolante per la conclusione di contratti che si perfezionano mediante lo scambio di messaggi di posta elettronica. Nondimeno sarebbe scorretto ritenere del tutto spoglio di misure protettive il contraente (sia esso consumatore ovvero professionista) coinvolto in simili negoziazioni. Laddove infatti un contratto sia concluso per scambio di e-mail ed esso richieda, per la sua validità, la forma scritta, il contraente potrà giovare delle norme che regolano gli strumenti della firma digitale e del documento informatico, che consentono di dare per soddisfatta la previsione formale.²⁹ Naturalmente queste disposizioni non riguardano direttamente consumatori o comunque soggetti che partecipano a operazioni di commercio elettronico, bensì hanno portata generale. Ma è proprio in considerazione di quest'ultimo carattere che potranno essere invocate nei casi di assenza di tutele specifiche. Va da sé che la conclusione di un contratto per via telematica si svolge mediante schemi, che pur ricalcando la traccia dello scambio fra proposta e accettazione, si presentano talvolta piuttosto eterogenei.³⁰ Ma le stesse tecniche di conclusione che, come il "point and click", si differenziano dallo scambio di messaggi di posta elettronica, non possono considerarsi immuni da problematiche loro connesse, talora di non facile soluzione. Ne è emblematico esempio la sottoscrizione delle clausole vessatorie, tema cui verrà offerto ampio spazio, che peraltro richiama (a giudizio di alcuni) proprio concetti quali la firma digitale.

d. Il Codice del consumo

Da ultimo, occorre ricordare, proprio nell'ambito della tutela del consumatore, l'intervento rappresentato dal Codice del consumo del 2005, che ha mero valore ricognitivo di una serie di obblighi già previsti dal nostro legislatore e che svolge una significativa funzione di riordino della materia, rispetto alla quale, come si è detto, ha avuto luogo un fenomeno di stratificazione normativa che ha generato non poche difficoltà di lettura.

4. Eucleazione dei caratteri fondamentali della disciplina consumeristica derivanti dai più recenti sviluppi normativi e loro comparazione rispetto al diritto comune

Il succedersi di leggi speciali capaci di disciplinare via via meno timidamente il commercio elettronico, ha permesso non solo di individuare un quadro regolativo caratterizzato da una sempre più crescente definizione del fenomeno, ma anche di contenere gli spazi problematici che la prassi presentava, in precedenza, con cadenza tutt'altro che infrequente. In quest'ottica la figura del consumatore pare avere trovato un suo equilibrio, risultato di un sistema di pesi e contrappesi, come rivela, a titolo esemplificativo, ma con immediata evidenza, la circostanza che la normativa in vigore (segnatamente, l'art. 4 del d. lgs. 185/1999 riprodotto dall'art. 53 del d. lgs. 206/2005) preveda forma specifica per gli obblighi informativi e non per la conclusione del contratto. Del resto, anche il più recente intervento normativo, il d.lgs. 206/2005, si è limitato, per quanto attiene la materia in esame, a richiamare quelle forme di protezione – segnatamente

²⁹ Art. 20, c. 2, d.lgs. 82/2005: «Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale soddisfa il requisito legale della forma scritta se formato nel rispetto delle regole tecniche stabilite ai sensi dell'articolo 71 che garantiscano l'identificabilità dell'autore e l'integrità del documento».

³⁰ Riferisce A. FRATERNALE, (nt. 3) di una tripartizione fra i contratti telematici, proposta della dottrina francese, fra: a) contratti caratterizzati da un accordo esterno ma da un'esecuzione tramite terminali; b) contratti caratterizzati da un accordo telematico ed un'esecuzione esterna al sistema; c) contratti caratterizzati da un accordo e da un'esecuzione per via telematica.

La presente trattazione si concentrerà precisamente sulle fattispecie sub b) e c), in particolare con riguardo all'attività contrattuale condotta per via telematica.

diritto di recesso e obblighi informativi – già contemplate dal d.lgs. 185/1999, relativo alla tutela dei consumatori nei contratti a distanza, al fine di meglio coordinarne le disposizioni rispetto ad altre previsioni normative.

A proposito di collegamento e coordinamento tra norme, non è sfuggito ai commentatori, specie ai più critici verso l'impostazione adottata dal legislatore (mera riproduzione) per l'attuazione del d.lgs. 70/2003, come Zeno-Zencovich,³¹ il problema della corretta interpretazione del rapporto tra la disciplina consumeristica e quest'ultimo provvedimento, alla luce soprattutto dei (forse troppi) silenzi sul tema da parte del legislatore. Nel caso di specie, ci si interroga se il decreto del 2003 debba intendersi come legge generale ovvero speciale. Muovendo dalla premessa che il decreto fa propria la volontà di non pregiudicare il tenore delle preesistenti misure protettive,³² la qualificazione rileva in quanto dal riconoscimento come legge generale discenderebbe una più ampia portata delle disposizioni ivi contenute. Al contrario, ove si ritenesse di trovarsi in presenza di una legge speciale, lo spazio eccezionale "di innovatività" risulterebbe notevolmente ridimensionato. In dottrina³³ entrambe le posizioni sono state sostenute con argomenti degnamente plausibili, sicché non è dato offrire una risposta certa ed univoca. Non rimane che ritornare al punto di partenza, l'unico certo ed inequivocabile: la volontà delle disposizioni in materia di commercio elettronico di non deteriorare il quadro di tutele assicurato dalla normativa previgente. Come pacificamente conclude lo stesso Zeno-Zencovich, il decreto «potrà aggiungere ma non eliminare o attenuare le regole della disciplina consumeristica».³⁴

Detto del quadro regolativo che il legislatore ha delineato in merito alla tutela dei consumatori nel commercio elettronico, si vuole concentrare l'attenzione su un confronto, in questo frangente soltanto introdotto, in grado di mettere in luce eventuali punti di contatto ma soprattutto momenti di specificità che caratterizzano la posizione dei consumatori nel diritto comune e nell'ambito della contrattazione telematica. È al riguardo essenziale specificare come la disciplina finora esaminata non individui alcuno schema di conclusione del contratto alternativo rispetto a quello tracciato dalle disposizioni del codice civile. Si devono dunque ritenere operanti, ovviamente con le peculiarità imposte dalla particolare tecnica di conclusione, le regole tradizionali in materia di

³¹ Il riferimento è a V. ZENO-ZENCOVICH, *Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata del d.lgs. 70/2003*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 3, pp. 505-519.

³² In proposito non può non rilevare il cinquantesimo considerando della direttiva, che dispone: «La presente direttiva non pregiudica la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali riguardanti i contratti conclusi dai consumatori. Pertanto la presente direttiva non può avere l'effetto di privare il consumatore della tutela di cui gode in virtù di norme obbligatorie in materia di obbligazioni contrattuali previste dalla legge dello Stato membro in cui ha la residenza abituale».

³³ Nel senso di una qualificazione del d.lgs. 70/2003 come legge speciale sembrerebbe deporre la stessa Direttiva ispiratrice al cinquantesimo considerando (si veda la nota precedente), come sottolinea U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico: nel diritto internazionale dei privati*, Giuffrè, 2005, p. 64, ricordando, tra le «norme nazionali e comunitarie che prescrivono particolari tutele per i consumatori [...] e che [...] si applicano anche al commercio elettronico nella misura in cui la direttiva in esame non disponga tutele aggiuntive», la direttiva 97/7 poi tradotta nel d.lgs. 185/1999; l'autore non manca tuttavia di menzionare i diversi casi di esclusione, variamente giustificati, dal campo di applicazione del decreto sul commercio elettronico. Proprio in relazione agli ambiti di contrattazione sottratti alla normativa in parola si è invece osservato da altri, come F. DELFINI, (nt. 28), p. 154, che il decreto «in linea di massima, dovrebbe fissare la disciplina generale, integrata da discipline specialistiche di settore». Rilevando come la disciplina consumeristica abbia raggiunto dimensioni ragguardevoli ed analizzando le possibili interazioni tra tale comparto e la disciplina del d.lgs. 70/2003, lo stesso V. ZENO-ZENCOVICH, *op. ult. cit.*, p. 513 sostiene che «verrebbe da rispondere che in tutti i casi di lacuna della normativa consumeristica debba applicarsi la Direttiva sul commercio elettronico», senza però mancare di osservare che «si tratta di una risposta fondata più sull'intuizione che su una stretta logica giuridica».

³⁴ V. ZENO-ZENCOVICH, *op. ult. cit.*, p. 512.

scambio di proposta e accettazione, nonché quelle ad esse correlate (come la presunzione di conoscenza). Non mancano tuttavia spazi dove si rilevano dubbi o problemi che faticano a trovare risposte o soluzioni adeguate, ma di questi si dirà oltre.

La conclusione di un contratto costituisce l'esito naturale di un processo di avvicinamento delle parti che prevede lo scambio di informazioni in grado di riflettere le aspettative e le pretese di ciascun contraente, che indirettamente dicono della sua disponibilità di risorse e dei costi che sarebbe pronto ad affrontare. Tale processo corrisponde in particolare alla fase delle trattative, dove le parti si mettono alla ricerca di un punto di equilibrio capace di garantire la soddisfazione delle proprie esigenze. La presenza di un sistema che conduca alla formazione di un vincolo attraverso la compilazione di un *form*, ovvero la pressione di un tasto, annulla *in toto* quella personalizzazione di cui la trattativa ricopre l'operazione economica. Con la contrattazione per adesione, ricorrente nell'ambito del commercio elettronico, il grado di personalizzazione, in altri termini, si traduce nella mera prestazione di un consenso alla conclusione di un contratto. La disponibilità ad acquistare un bene determinato ad un prezzo altrettanto determinato è l'unica informazione che il venditore ottiene riguardo al consumatore, peraltro in un momento in cui già il vincolo contrattuale si è formato (perché la sua proposta è stata accettata). Viceversa, la disponibilità a cedere un bene o prestare un servizio a determinate condizioni è contenuto di un'informazione che preesiste al vincolo, insuscettibile però di modificazioni o trattative. È questa la situazione tipica che dev'essere assunta come sfondo su cui si svolgono le negoziazioni attraverso internet. Molte delle problematiche nascono per l'appunto da questo scenario e si ricollegano a momenti successivi dell'operazione. Tra queste, si dirà della responsabilità precontrattuale,³⁵ che le categorie dottrinali riferiscono abitualmente alla fase della trattativa, di fatto assente nel campo d'indagine. Questa circostanza ha indotto alla riflessione diversi fra i commentatori,³⁶ che hanno concluso per ravvisare la responsabilità precontrattuale del fornitore a fronte di carenze nell'adempimento degli obblighi informativi cui egli è tenuto per legge. Ma quali sarebbero allora le conseguenze di un contratto concluso in violazione degli obblighi informativi? Sul punto si registra un dibattito fra i più vivaci in materia, dove è davvero difficile accreditare una tesi piuttosto che un'altra. Sembra meritare menzione almeno l'interpretazione che tende a configurare una nullità del contratto (per contrarietà alle norme imperative che impongono gli obblighi informativi) a titolo – ed è qui la peculiarità (e forse il vezzo) della teoria – di nullità relativa.³⁷ Opererebbe quindi il principio di conservazione degli effetti giuridici qualora il consumatore, unico soggetto legittimato ad esperire azione di accertamento negativo, decidesse di mantenere in vita il contratto.

³⁵ Secondo G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Studium iuris*, 1999, p. 1195: «Il consumatore che non sia stato informato in conformità dell'art. 3 [d.lgs. 185/1999] può, in ogni caso, pretendere il risarcimento (a titolo di responsabilità precontrattuale) dei danni che gliene siano derivati (il fornitore che viola un dovere d'informazione impostogli dalla legge tiene infatti una condotta certamente contraria alla buona fede)». Emerge l'evidente difficoltà di correlare questa lettura con le specificità tecniche del contratto concluso online, inerenti in specie alla fase della trattativa.

³⁶ Ex multis C. ROSSELLO, *Commercio elettronico. La governance di Internet tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Giuffrè, 2006, p. 137; V. CUFFARO, *La responsabilità precontrattuale nella contrattazione telematica*, in *Il contratto telematico*, ed. V. RICCIUTO – N. ZORZI, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico economico* diretto da F. Galgano, vol. XXVII, CEDAM, 2002, pp. 215-222; L. MANNA, *La disciplina del commercio elettronico*, CEDAM, 2005, pp. 97-98.

³⁷ La teoria in esame è presentata da L. MANNA, *op. ult. cit.*, p. 108: «[...] nell'ambito di un rapporto formatosi sul web mediante la compilazione di moduli o formulari, sarà legittimo lasciare a tale contraente, e a lui solo, la decisione di mantenere in vita il contratto concluso in mancanza delle informazioni prescritte, oppure no».

Altro punto di contatto con la disciplina generale dei contratti è poi certamente rappresentato dal diritto di recesso riconosciuto al consumatore. Si metterà in evidenza la natura penitenziale e non impugnatoria del diritto di recesso di fonte legale,³⁸ conseguenza del già citato differimento della tutela ad un momento successivo alla conclusione del contratto. Merita poi enfasi la previsione di generale irrinunciabilità del diritto in questione, facendo salve ipotesi circostanziate che esigono un atto consapevole e informato dal rinunciante, poiché risulterebbe inopportuno da parte dell'ordinamento confidare (e collegare effetti) ad un comportamento non sorretto dalle dovute informazioni. Rispetto alla previsione codicistica dell'art. 1373 c.c., le norme consumeristiche dettano una disciplina di favore verso il consumatore, che potrà esercitare il diritto ancorché l'esecuzione del contratto (e cioè della prestazione che vi è dedotta) abbia avuto inizio.

Il massimo momento di frizione – e quindi le maggiori difficoltà – rispetto al diritto comune si riscontra però contemplando le norme enunciate all'art. 1341 c.c. e agli artt. 1469-bis e ss. c.c.,³⁹ questi ultimi frutto della novella che il legislatore ha apportato al codice su sollecitazione della direttiva comunitaria 1993/13 in materia di protezione dei consumatori, e oggi confluiti negli artt. 33 e ss. del Codice del consumo.

Quanto alla norma racchiusa nel secondo comma del 1341 c.c., le difficoltà si esplicitano tutte sul terreno della conciliazione tra la necessaria approvazione per iscritto delle clausole cc.dd. “vessatorie” e la conclusione di un contratto tramite “point and click” o sistemi simili. Risulta infatti evidente come la prescrizione civilistica non possa trovare piena ed integrale attuazione; e non potrebbe essere altrimenti, a maggior ragione se si pone mente al fatto che il legislatore del '42 fosse ben lungi dall'immaginare la possibilità di concludere contratti per via telematica. Diverse sono le teorie che si sono confrontate sulla questione, tutte rivolte o a cercare di forzare i limiti della norma⁴⁰ o a codificare presupposti principi in grado, quasi come un *deus ex machina*, di risolvere inequivocabilmente la discussione.⁴¹ Appaiono certo più convincenti i tentativi di coloro⁴² che richiamano l'utilizzo di strumenti che riflettono l'evoluzione della tecnica, come la firma digitale. La considerazione - destinata comunque ad essere approfondita nel prosieguo⁴³ - che, ad una lettura sommaria, nasce spontanea è che sarebbe probabilmente opportuna una rivisitazione della formulazione legislativa che reagisca all'evoluzione della tecnica per sancire una regola *ad hoc*. Gli stessi problemi, sintetizzabili nella ricompressione delle fattispecie di più recente generazione in una norma dal significato eccessivamente costretto, si presentano allorché si osservi il contenuto di talune disposizioni che il legislatore ha introdotto con il capo XIV-bis

³⁸ Sul tema F. DELFINI, (nt. 28), p. 229, che richiama la distinzione fra recesso determinativo, impugnatorio e penitenziale enucleata da G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Giuffrè, 1985. V. *infra* p. 36.

³⁹ Sul punto si rinvia nuovamente a G. CASSANO, (nt. 16), pp. 279 e ss. Gli artt. 1469-bis e ss. c.c., costituenti il capo XIV-bis del codice civile, si occupano della disciplina dei “contratti del consumatore”, trattando dell'efficacia delle clausole vessatorie nel contratto tra consumatore e professionista, e – prima ancora - dei criteri in base ai quali qualificare particolari clausole contrattuali come “vessatorie”. Come ribadito nel testo, queste disposizioni sono oggi parte del Codice del consumo

⁴⁰ L'opinione espressa da M. GOBBATO, *La tutela del consumatore: clausole vessatorie, commercio elettronico e Codice del consumo*, Halley, 2007 p. 110 e ss., pare, ad esempio, nel senso di ritenere pacifica l'applicazione della norma in esame all'ambito del commercio elettronico, pur nella consapevolezza dell'esigenza di apprestare adeguata tutela alla posizione del contraente debole.

⁴¹ Un principio siffatto potrebbe ricavarsi grazie ad un'interpretazione psicologica dell'art. 1341 c. 2, tesa a rivelare come l'unica volontà del legislatore storico fosse quella di assicurare all'aderente l'effettiva conoscenza del regolamento contrattuale - eventualmente sfavorevole - e che pertanto renderebbe dispensabile la sottoscrizione per iscritto delle clausole onerose.

⁴² F. DELFINI, *op. ult. cit.*, pp. 105 e ss.; C. ROSSELLO, (nt. 36), p. 143; G. CASSANO, *ibidem*.

⁴³ V. *infra*, p. 44

nel titolo II del libro quarto del codice civile (oggi – come si è già avuto modo di dire -parte del codice del consumo). L'assenza di un consolidato repertorio giurisprudenziale in materia non agevola il compito dell'interprete alla ricerca di soluzioni suadenti, anche se tale rarità testimonia forse come la reale criticità della questione si riveli inferiore rispetto alle aspettative.

5. *Prospettive di sviluppo e quesiti critici*

Nelle pagine precedenti si è dunque cercato di descrivere per sommi capi il quadro complessivo della regolamentazione del commercio elettronico. Ci si è, peraltro, limitati ad una prospettiva meramente descrittiva, cercando di cogliere e correlare i tratti maggiormente significativi del fenomeno, nella sua evoluzione e affermazione, nelle sue problematicità – pregresse e attuali –, nonché nelle prospettive di sviluppo che lo coinvolgono frontalmente.

D'ora in avanti, si cercherà invece di enucleare, in una prospettiva critica, un'analisi in grado di formulare una *valutazione* della regolamentazione dedicata al commercio elettronico e ai dubbi che residuano, specialmente operando un confronto rispetto alla disciplina di diritto comune in materia di contratti. Sarà così possibile individuare gli eventuali spazi “da colmare” nella normativa specifica e ipotizzare possibili soluzioni (in chiave analogica o innovativa), pervenendo infine ad un giudizio ragionato intorno all'adeguatezza del comparto regolativo che il legislatore ha inteso offrire all'e-commerce in materia di protezione dei consumatori.

Questa seconda sezione sarà dunque – come testé anticipato – dedicata all'enucleazione dei dubbi e degli interrogativi che ancora emergono dalla lettura delle norme, dopo aver analiticamente discusso della loro origine in chiave storica e funzionale. All'uopo, può non essere priva di interesse una preliminare e sintetica esposizione degli interrogativi in grado di indirizzare la ricerca di strumenti rimediali da parte dell'interprete o del legislatore, e segnatamente:

- a) Le esigenze di tutela che il fenomeno del commercio elettronico pone nella prospettiva del consumatore trovano efficace risposta nella regolamentazione specifica?
- b) Quali critiche nei confronti di un'attività legislativa che ha approcciato il commercio elettronico “per gradi”, considerando fattispecie di sempre maggiore complessità, fino a dettarne una regolazione specifica che non affronta però direttamente il problema della tutela del consumatore? Sono giustificate le rimostranze formulate dalla dottrina e vi sono, e se sì quali, prospettive di correzione degli errori commessi?
- c) È verosimile immaginare un ulteriore salto in avanti della tecnologia che induca il legislatore a rinnovare il quadro normativo delineato? Nel panorama attuale esistono, comunque, delle previsioni di tutela che non possono essere in alcun modo sacrificate?
- d) È giustificata la divaricazione tra disciplina a tutela del consumatore e disciplina generale dei contratti?

È a questi interrogativi che si cercherà allora, attraverso una lettura trasversale e prospettica, di dare risposta, senza dimenticare le difficoltà, fino a questo punto solo sommariamente descritte, che accompagnano l'attività del legislatore, ma anche di qualsiasi interprete o critico che si approcci alla materia.

II. IL TORTUOSO PERCORSO GIURIDICO FINO ALL'ATTUALE REGOLAMENTAZIONE

Acquisito che le ipotesi regolative delineate dal legislatore italiano in materia di e-commerce sono soggette a un'imprevedibile, e sotto alcuni profili sconvolgente, tendenza innovatrice, dovuta al crescente perfezionamento delle tecnologie, rimane da appurare quale sia stato il complessivo atteggiamento del legislatore nel disciplinare un fenomeno che ha assunto, con il tempo, contorni sempre più nitidi e definiti.

A. *La disciplina delle negoziazioni fuori dai locali commerciali*

Gli sforzi profusi dal legislatore sono cronologicamente riconducibili, in primo luogo, alla disciplina affidata al d.lgs. 50/1992 in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali. Trattasi di provvedimento che sarebbe oggi riferibile al commercio elettronico soltanto attraverso forzature, inevitabilmente rivelatrici della sua precarietà. Invero esso traduce una prima forma di sensibilità verso un contesto negoziale atipico e sguarnito delle familiari forme d'incontro della volontà contrattuale. Non casualmente la finalità che il legislatore intese soddisfare corrispondeva alla protezione, tramite idonei strumenti, del contraente debole nel contesto di una contrattazione nella quale questi risultava coinvolto in assenza di una specifica volontà in tal senso, quindi impreparato. Tale sfondo costituisce ancora oggi il terreno adatto per tecniche "aggressive" di negoziazione capaci di catturare capziosamente il consenso del contraente debole, fino a piegarne talora radicalmente il contenuto, assecondando così le condizioni desiderate dall'offerente. Lo strumento pensato dal legislatore delegato per contrastare questa prassi fu il riconoscimento del *diritto di recesso* nei confronti del consumatore. Il commercio elettronico veniva incluso in questo spettro di ipotesi attraverso un'equiparazione, fittizia a voler ben vedere, tra negoziazione per via telematica e negoziazione fuori dai locali commerciali. L'art. 9, infatti, così dispone: «*Le disposizioni del presente decreto si applicano [...] ai contratti conclusi mediante l'uso di strumenti informatici e telematici*».⁴⁴ La debolezza di questo assunto, poco evidente all'epoca, dato lo stadio della tecnica ancora incerto, emerge con tutta la propria forza allorché si osservi, senza grande sforzo d'immaginazione, che la navigazione in un sito internet integra – altrettanto fittiziamente rispetto all'ipotesi di base considerata – l'ingresso in un negozio e quindi presuppone, implicitamente, il possesso da parte del consumatore sia di una chiara volontà negoziale, sia del novero di informazioni ritenuto bagaglio necessario per affrontare adeguatamente la trattativa e concludere l'operazione, elementi, questi, assenti nel terreno sondato e regolato dal legislatore.⁴⁵

Detto dell'evidente difficoltà di ricomprendere nel campo di applicazione della disciplina in esame l'e-commerce, occorre esaminare quali forme di tutela essa segnatamente preveda. La centralità del diritto di recesso si percepisce dalle norme dedicate alla descrizione dei caratteri fondamentali (fra cui il termine d'esercizio) dell'informativa in ordine allo stesso, ravvisabili

⁴⁴ Peraltro, sulla scorta di questa formulazione, si è affermato come la disciplina del d.lgs. 50/1992 abbraccerebbe anche «gli accordi stipulati su espressa richiesta del potenziale contraente debole (il consumatore) e non solamente, quindi, ai contratti caratterizzati da un'iniziativa dell'operatore commerciale» (G. CASSANO, (nt. 16), p. 271).

⁴⁵ Altro argomento utilizzato per contestare l'equiparazione fra contrattazione via internet e contrattazione fuori dai locali commerciali è ricordato -e criticato- sempre da G. CASSANO, *op. ult. cit.*, p. 272: «Detta tesi si fonda sull'assunto [...] secondo il quale è presso la sede dell'operatore commerciale, ossia, con ogni probabilità, all'interno di un locale commerciale, che il contratto deve ritenersi concluso. Siffatta conclusione deriva dall'erroneo convincimento secondo cui normalmente l'e-mail pervenga presso il computer dell'operatore commerciale».

negli artt. 5⁴⁶ e 6.⁴⁷ Qualora il fornitore non renda l'informativa ovvero renda un'informativa incompleta o errata, il termine per l'esercizio del diritto di recesso si dilata a 60 giorni, i quali decorrono, rispettivamente, dal ricevimento della merce in caso di acquisto di beni ovvero dalla stipulazione del contratto nell'ipotesi di prestazione di servizi.⁴⁸

A prescindere dalle disquisizioni dottrinali circa l'adeguatezza e un eventuale adeguamento di questo modello regolativo, che proprio perché riguardano un provvedimento quasi superato per la disciplina dell'e-commerce assumono rilevanza marginale ai fini del presente lavoro, merita di essere enfatizzata la specificità della soluzione che il legislatore ha scelto di adottare a difesa del consumatore. Invero, il rimedio si iscrive tra gli strumenti tradizionalmente (ma non esclusivamente) posti a protezione del contraente debole. Ma la caratterizzazione che assume impone indirettamente al fornitore di beni e al prestatore di servizi di adoperare il massimo impegno per evitare la postuma elisione del vincolo contrattuale. Pur non definendo veri e propri obblighi informativi,⁴⁹ di fatto la disciplina incentiva un'attenta regolazione del rapporto contrattuale in capo al fornitore. Su questi, in altri termini, non incombono obblighi precisi; ma se non vuole incorrere nel recesso del contraente dovrà adoperarsi profondendo massimo sforzo di correttezza. È quindi il "timore" del recesso che dovrebbe indurre il fornitore all'assunzione delle cautele necessarie. Sulla lettura che configura il diritto di recesso non come mera sanzione per il fornitore bensì come incentivo alla correttezza si dirà successivamente, analizzando la distinzione tra recesso penitenziale e impugnatorio.⁵⁰

B. I contratti a distanza

L'evoluzione della tecnologia, insieme alla sua espansione nel contesto quotidiano e il perfezionamento di vecchie e nuove tecniche negoziali hanno apportato complessità crescente alla materia del commercio elettronico, mettendo in risalto indiscutibili esigenze di regolazione. A queste istanze il legislatore delegato ha offerto risposta recependo la direttiva 97/7/CE per il tramite del d.lgs. 185/1999 in materia di protezione dei consumatori nei contratti a distanza. Certamente il pregio che va ascritto a questo intervento è di consentire l'applicazione all'e-commerce di una disciplina non più costretta entro i limiti di quella previgente. Preliminarmente giova sgombrare il campo da equivoci, chiarendo che appare pacifica la ricomprensione della contrattazione per via telematica nella più ampia categoria della contrattazione a distanza. È quindi legittimo ritenere cogenti per il commercio elettronico queste disposizioni, ancorché il più recente intervento normativo in materia (d.lgs. 70/2003) abbia posto esigenze di coordinamento comunque risolte dal Codice del consumo del 2005. La vera peculiarità che serve a differenziare il provvedimento in esame rispetto ad altre forme regolative è rappresentata dall'*«assenza dell'operatore commerciale al momento dell'assunzione dell'obbligo contrattuale da parte del*

⁴⁶ Contenente un'analitica disciplina dell'obbligo, gravante sull'operatore commerciale, di fornire al consumatore una minuziosa informativa sul diritto di recesso.

⁴⁷ Contenente, al comma 3, la specificazione delle modalità di invio dell'informativa di cui all'art. 5 del d.lgs. 50/1992.

⁴⁸ V. art. 6, c. 2, d.lgs. 50/1992.

⁴⁹ All'infuori del citato obbligo di informativa in ordine al diritto di recesso ex art 4, d.lgs. 50/1992. Tale obbligo, tuttavia, si potrebbe solo impropriamente far rientrare tra quelli di carattere "informativo", in quanto non direttamente rivolto a colmare il *gap* di potere contrattuale tra venditore e consumatore, estrinsecandosi nel mancato possesso - da parte di quest'ultimo - di adeguate informazioni in ordine alla portata e al contenuto dell'affare. Sul punto, v. più diffusamente *infra*, p. 25.

⁵⁰ V. *infra* p. 36.

consumatore».⁵¹ A conferma di questo carattere la lettura dell'art. 1 che apre il decreto, norma che definisce come contratto a distanza un «*contratto avente ad oggetto la prestazione di un bene o servizio che sia stipulato tra un fornitore-professionista ed un consumatore, nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza, per concludere il quale il fornitore utilizzi una o più tecniche di comunicazione a distanza*». Sempre l'art. 1, alla lettera d), si premura di definire tecnica di comunicazione a distanza, nozione centrale nel presente discorso, «*qualunque mezzo che, senza la presenza fisica simultanea del fornitore e del consumatore, possa impiegarsi per la conclusione del contratto tra le dette parti*».

La *ratio legis* qui non corrisponde, come nel d.lgs. 50/1992, alla volontà di proteggere i consumatori da tecniche aggressive di negoziazione, ma è quella di garantire che l'impiego di tecniche di comunicazione a distanza, che dispensano le parti dalla contestuale presenza fisica, ed eliminano la "forza emotiva" che la stessa comporta, non pregiudichi il grado di conoscenza del consumatore, che deve comunque essere tale da consentire la "buona esecuzione" del contratto.⁵² A tal fine il legislatore ha affidato all'art. 3 un'articolata previsione di obblighi informativi che gravano sul fornitore, e che rivelano una tendenza a riconoscere precedenza logica alla formazione di un "consenso informato" rispetto alla facoltà, attribuita al consumatore, di recedere unilateralmente dal vincolo contrattuale in esito ad una valutazione di mera insoddisfazione. Questa considerazione non deve però condurre a sminuire o rendere marginale il ruolo che il diritto di recesso assolve nel presente contesto normativo. Se infatti l'attenzione del legislatore si concentra in modo preminente sull'enucleazione di una serie di obblighi informativi che gravano sul fornitore, non si può negare come resti fermo il riconoscimento del diritto di recesso in capo al consumatore, esercitabile nel termine di dieci giorni a decorrere dal ricevimento dei beni o, se trattasi di prestazione di servizi, dalla conclusione del contratto, ovvero, in entrambi i casi, dall'adempimento degli obblighi informativi gravanti sul fornitore *ex art. 3, d.lgs. 185/99*, qualora tale adempimento sia stato successivo alla conclusione del contratto.⁵³

Dunque, se la regolamentazione contenuta nel d.lgs. 50/1992 mirava fondamentalmente ad assicurare al consumatore la possibilità di liberarsi dal vincolo contrattuale, eventualmente sanzionando l'incompleta o assente informativa circa le modalità di esercizio del recesso con la proroga del termine, con il decreto del 1999 il legislatore, acquisita maggiore consapevolezza della complessità del fenomeno e-commerce, mostra piuttosto attenzione verso la fase regolativa negoziale, imponendo specifici obblighi informativi come strumenti a tutela preventiva del consumatore.⁵⁴ Si potrebbe affermare che la tutela, da una fase successiva alla formazione del vincolo contrattuale, si sposti ad un momento preventivo, inserendosi nell'iter formativo del

⁵¹ Così si esprime A. M. MANCALEONI, *La tutela del consumatore nei contratti a distanza alla luce della futura direttiva sul commercio elettronico*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, p. 311, come richiamato nella trattazione di R. D'ARRIGO, *Il contratto B2C*, in *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, (nt. 21), p. 62.

⁵² M. GOBBATO, (nt. 40), p. 82, dove si precisa: «In altri termini, si vuol porre il consumatore in una situazione nella quale il fornitore non possa profittare del fatto che il consumatore non abbia potuto, prima di effettuare l'ordine, controllare de visu 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».

⁵³ E comunque non oltre tre mesi dalla conclusione del contratto stesso. Per evitare di posticipare eccessivamente nel tempo il termine per l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore, sembra dunque che qualora il fornitore non abbia adempiuto gli obblighi informativi su di esso gravanti neppure entro tre mesi dalla conclusione del contratto, il consumatore possa recedere decorsi i tre mesi, beneficiando così –implicitamente– di un ampliamento dei termini: si rinvia anche ad A. FRATERNALE, (nt. 3), pp. 91 e ss.

⁵⁴ G. ALPA, (nt. 23), p. 849.

rapporto. Non bisogna però cadere nell'errore di configurare il recesso in un rapporto di strumentalità rispetto all'informativa, quasi come un mezzo rimediale, quasi che soltanto l'inottemperanza degli obblighi previsti a carico del fornitore consentisse al consumatore di recedere. In realtà le due figure devono conservare un inquadramento autonomo, capace di valorizzare il ruolo che svolgono a protezione del contraente debole: da un lato, garantire un'adeguata conoscenza del contenuto contrattuale (diritti ed obblighi), dall'altro confermare la facoltà, già ammessa dal d.lgs. 50/1992 riguardo alle negoziazioni fuori dai locali commerciali, di liberarsi unilateralmente dal vincolo a seguito di una valutazione di inopportunità dell'operazione economica conclusa.

In conclusione, quanto al contenuto degli obblighi informativi, di cui si dirà oltre, è utile anticipare che trattasi di diretta emanazione dei "principi di lealtà nelle operazioni commerciali e di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili",⁵⁵ e che essi risultano pertanto "finalizzati alla conoscenza circa l'effettivo contenuto del contratto".⁵⁶

C. Una disciplina specifica per il commercio elettronico

Il momento conclusivo del percorso seguito dal legislatore nella sempre meno approssimativa disciplina del commercio elettronico coincide con l'emanazione del d.lgs. 70/2003 in recepimento della direttiva 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione. Dopo aver accertato l'esistenza, nei sistemi nazionali, di numerosi ostacoli giuridici alla circolazione di tali servizi, il legislatore comunitario si propone, con la direttiva in esame, di favorire l'instaurazione di un mercato unico digitale in grado di rimuovere le barriere alla libera circolazione di servizi e alla libertà di stabilimento nella società dell'informazione⁵⁷. Tale obiettivo viene perseguito mediante la fissazione di un comparto di regole in grado di rimuovere l'incertezza vigente, intorno ad alcuni aspetti del tema, negli ordinamenti nazionali. Associata a questa previsione – soprattutto nella finalità – vi è quella che garantisce piena operatività al principio del paese d'origine,⁵⁸ elaborazione inaugurata dalla giurisprudenza comunitaria nella celebre sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee sul caso *Cassis de Dijon*,⁵⁹ che intende assicurare la libera circolazione di servizi nello spazio comunitario, ove le condizioni di offerta risultino conformi alle norme vigenti nel paese membro del fornitore.⁶⁰

Occorre rilevare invero che il d.lgs. 70/2003 non costituisce un provvedimento dotato di particolare valore innovativo, ma presenta quantomeno il pregio di affrontare finalmente in modo diretto la realtà dell'e-commerce, dettando una disciplina specifica, che esige naturalmente di essere coordinata con le disposizioni previgenti. Peralto il decreto consiste in una sostanziale trascrizione del contenuto della direttiva e non a caso numerosi commentatori hanno fortemente

⁵⁵ R. D'ARRIGO, (nt. 51), pp. 62-63.

⁵⁶ G. ALPA, (nt. 23), p. 849.

⁵⁷ U. DRAETTA, (nt. 33), p. 59.

⁵⁸ Sul punto, v. L. RUSSI, *Economic Analysis of Article 28 EC After the Keck Judgment*, in *German Law Journal*, VII, 5, 2005, p. 483.

⁵⁹ Sent. 20 febbraio 1979, causa C-120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 1979 E.C.R. 649.

⁶⁰ Principio recepito nel d.lgs. 70/2003 all'art. 3: «I servizi della società dell'informazione forniti da un prestatore stabilito nel territorio italiano si conformano alle disposizioni nazionali applicabili all'ambito regolamentato e alle norme del presente decreto».

disapprovato l'impostazione seguita dal legislatore, rilevando un'occasione persa per valorizzare le esigenze proprie del nostro sistema nazionale.⁶¹

Se pertanto al decreto va ascritto il merito di disciplinare frontalmente il commercio elettronico, occorre altresì precisare che fa ciò abbracciando sia la fattispecie che si è soliti indicare come "business to business" (B2B) sia quella denominata "business to consumer" (B2C). Rilevato che il profilo interessato da questa analisi è solo il secondo, in ordine alla prima fattispecie basti ricordare che essa comprende le operazioni economiche compiute tra operatori professionali. In questo senso si esprime infatti l'art. 2 del d.lgs. 70/2003, definendo separatamente le figure del "destinatario di servizi" e del "consumatore": il primo identifica il «soggetto che, a scopi professionali e non, utilizza un servizio della società dell'informazione, in particolare per ricercare o rendere accessibili informazioni»; il secondo invece indica «qualsiasi persona fisica che agisca con finalità non riferibili all'attività commerciale, imprenditoriale o professionale eventualmente svolta». La nozione di consumatore integra inequivocabilmente quella di destinatario del servizio; cionondimeno, potrà ben darsi che talora il destinatario del servizio non si riveli essere un consumatore. Dunque la disciplina posta dal decreto riguarda non già soltanto i contratti conclusi tra prestatore di servizi e consumatore, bensì anche quelli stipulati da prestatore e imprenditore. Dal che è legittimo ritenere che la disciplina del commercio elettronico ne risulti notevolmente rafforzata, come pare sia stato correttamente affermato.⁶² Correlata a questa ambivalenza è anche la particolare tecnica normativa adottata, prima dal legislatore comunitario e poi da quello nazionale, per dettare norme a protezione del consumatore. Le disposizioni racchiuse nel decreto hanno sì portata generale, ma anche carattere dispositivo. Talora però quest'ultimo viene meno per effetto di un'espressa previsione di inderogabilità allorché una delle parti contraenti sia un consumatore. Consumatore è sinonimo perciò di contraente debole rispetto al quale la legge riserva un trattamento i cui caratteri risultano indisponibili alla volontà delle parti.

Il proposito dichiarato dal legislatore nella Relazione illustrativa accompagnante il decreto consiste «nello sviluppo di un'economia basata sulla conoscenza⁶³, per contribuire allo sviluppo e alla modernizzazione del mercato». «Uno degli obiettivi da perseguire – prosegue la Relazione – è pervenire, attraverso regole chiare e trasparenti, a costi di produzione minori e ad una migliore scelta e qualità dei prodotti consegnati, accrescendo così la fiducia dei consumatori nei contratti telematici». Le regole indicate sono in particolare quelle concernenti gli obblighi informativi che il prestatore è tenuto ad adempiere nella contrattazione sia con imprenditori che con consumatori. Non a caso infatti «tale fiducia, a monte, deve essere riposta su meccanismi che garantiscano la sicurezza, l'affidabilità delle comunicazioni in rete, la certezza dell'integrità del documento, sistemi rapidi di composizione extragiudiziale delle controversie».

Il nucleo centrale della normativa risulta anche in questa occasione identificarsi con una serie di obblighi di carattere informativo che gravano sul fornitore. Si potrebbe, in una lettura evolutiva, percepire l'estensione di una previsione già affermata, per quanto attiene alla tutela dei consumatori nei contratti a distanza, dal d.lgs. 185/1999 ad un ambito più ampio, comprensivo anche delle negoziazioni fra operatori professionali. Una simile interpretazione storico-giuridica ometterebbe però di valorizzare adeguatamente la "personalizzazione contenutistica" che il d.lgs.

⁶¹ Si richiamano nuovamente gli interventi critici di V. ZENO-ZENCOVICH, (nt. 31), pp. 505-506 ed E. M. TRIPODI, (nt. 17), p. 829.

⁶² R. D'ARRIGO, (nt. 51), p. 80.

⁶³ Relazione illustrativa al d. lgs 70/2003, par. 3, disponibile su <<http://www.iusreporter.it/Testi/dlvo70-2003.htm#relazione>>

70/2003 offre ai predetti obblighi informativi, contestualizzandoli entro il più ristretto novero di affari economici legati ai servizi della società dell'informazione e, quindi, anche al commercio elettronico.

D. La necessità di un coordinamento: il Codice del consumo

La rassegna dei provvedimenti mediante i quali il legislatore si è fatto carico di assicurare una sfera, insuscettibile di compressione, di tutela nei confronti dei consumatori deve considerare, in ultima istanza, l'opera di mera ricognizione ma di utile coordinamento concretizzata dall'emanazione del d.lgs. 206/2005 (Codice del consumo), che ha trasposto al suo interno le disposizioni contenute nel decreto sulla protezione dei consumatori nei contratti a distanza e, in quanto applicabili, quelle racchiuse nel decreto in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali. Tale opera di riordino andrà correlata al provvedimento sul commercio elettronico, che non concerne direttamente, come si è anticipato, la tutela del consumatore. Lo stesso decreto, peraltro, si preoccupa di limitare l'efficacia delle norme in esso contenute, stabilendo che le stesse non possano pregiudicare le tutele accordate dalla legislazione consumeristica. La problematicità della lettura di un processo di stratificazione (normativa) temporale⁶⁴ risulta così notevolmente erosa.

⁶⁴ C. ROSSELLO, (nt. 36), pp. 129-130.

III. IL SISTEMA DI TUTELA DEL CONSUMATORE IN UNA LETTURA TRASVERSALE DELLA LEGISLAZIONE NAZIONALE

Nella rassegna dei provvedimenti che hanno segnato, da parte del legislatore, la capacità di regolare con definizione crescente il fenomeno della contrattazione per via telematica si è osservata una progressione quantitativa e qualitativa degli strumenti posti a difesa del contraente debole. Ci si riferisce, specialmente, al riconoscimento di un diritto di recesso di carattere penitenziale e all'imposizione di obblighi informativi dal contenuto puntuale, nonché allo spazio che soprattutto nella normativa più recente hanno trovato elementi apparentemente marginali ma pur sempre dotati di una loro rilevanza (quali l'autoregolamentazione). Si affronteranno ora separatamente tali strumenti, al fine di analizzarne la portata e l'efficacia difensiva a favore del consumatore.

A. *L'informazione come bilanciamento dell'erosione del potere contrattuale*

1. *Gli obblighi informativi*

Alle origini della legislazione consumeristica il solo strumento concepito a difesa del consumatore, coinvolto in trattative fuori dai locali commerciali, era il diritto di recesso. Si trattava, evidentemente, di una forma di tutela collocata a valle, che consentiva la liberazione da un vincolo contrattuale già insorto in esito ad una valutazione negativa circa la convenienza dell'affare. Nessuna previsione incideva invece sul momento formativo del rapporto contrattuale, salve naturalmente le garanzie accordate in materia dalle disposizioni civilistiche. La valenza qualitativa dell'operazione economica era così abbondantemente trascurata: il legislatore, in altri termini, si mostrava indifferente rispetto al contenuto e al valore del rapporto negoziale, dimenticando di statuire delle regole specifiche capaci di guidare il consumatore nell'intraprendere la contrattazione. Con il d.lgs. 185/1999 si afferma una prima, significativa, presa di coscienza della necessità, anzi dell'urgenza di regolare il rapporto contrattuale non semplicemente nelle sue possibili vicende estintive (qual è per eccellenza il recesso) ma già nel corso del processo formativo. Il regolatore mostra la volontà di incidere più profondamente sulla qualità del rapporto, per assicurare che l'operazione economica condotta non offra sgradevoli sorprese o disarmanti disincanti. Lo scopo implicito è dunque ravvisabile nel rendere il contraente debole consapevole della portata e del contenuto dell'affare, impedendo che il fornitore possa profittare dall'assenza di adeguate informazioni in suo danno. Utilizzando il linguaggio economico, la previsione di obblighi informativi risponde precipuamente all'intento di ristabilire una sorta di equilibrio tra il potere contrattuale di cui fornitore e consumatore dispongono. Il mezzo che consente di assottigliare questo differenziale è l'informazione, giustappunto una delle determinanti del potere contrattuale. Così facendo, lo stesso fornitore risulta disincentivato dal porre in essere pratiche tendenziose o volutamente ambigue, che potrebbero assicurargli indebito vantaggio; a sua volta il contraente debole è nelle condizioni di poter esprimere un "consenso informato".

I primi riferimenti ad obblighi di carattere informativo trovano spazio prima, marginalmente, nel d.lgs. 50/1992 (artt. 5 e 9),⁶⁵ e poi, con maggiore peso e frequenza, nel d.lgs. 185/1999 agli artt. 3

⁶⁵ Ancorché gli obblighi informativi presenti in questo decreto riguardassero non tanto la vendita del prodotto, quanto la possibilità del successivo esercizio di un diritto di recesso, riconosciuto dall'art. 4 del medesimo provvedimento normativo.

e 4. Trattasi, in quest'ultimo caso, di disposizioni – oggi trasposte nel Codice del consumo fra le norme dedicate ai contratti a distanza – che prevedono il dovere di rendere informazioni «*prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza*»,⁶⁶ «*in modo chiaro e comprensibile*»,⁶⁷ «*con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza impiegata*»,⁶⁸ insieme al successivo obbligo di conferma per iscritto o su altro supporto duraturo (artt. 52 e 53 d.lgs. 206/2005).⁶⁹ Il d.lgs. 70/2003 ha invece formulato una distinzione tra obblighi generali, volti ad assicurare la conoscenza dell'identità del prestatore e informazioni che attengono alla conclusione del contratto (oltre ad obblighi informativi inerenti alle comunicazioni a carattere commerciale).

Come coordinare gli obblighi previsti dal Codice del consumo con il decreto sul commercio elettronico?

L'art. 53 del d.lgs. 206/2005, come detto, impone al fornitore, prima o al momento dell'esecuzione del contratto, di dare conferma per iscritto o su altro supporto duraturo delle informazioni rese ai sensi dell'art. 52. Tale previsione si inserisce in una prospettiva di estensione della protezione accordata al consumatore, non più limitata alla garanzia di conoscenza delle condizioni contrattuali prima della stipulazione del contratto, consentendo al consumatore di ottenerne la consultazione, in qualsiasi momento nel corso di svolgimento del rapporto. Non è casuale, bensì frutto di attenta ponderazione, dunque, la differenziazione fra due momenti cui corrispondono adempimenti con finalità sostanzialmente diverse.

Merita poi di essere sottolineata l'assenza di qualsiasi previsione vincolante di forma *ad substantiam*. Questa considerazione assolve un rilievo tutt'altro che indifferente nelle varie ipotesi patologiche che concernono la conferma successiva ex art. 53.

Occorre anzitutto profilare due possibili risvolti problematici: da un lato, la carenza delle informazioni previste dall'art. 52, dall'altro l'ipotesi di difformità fra le informazioni rese per la conclusione del contratto e quelle indicate nella successiva conferma.⁷⁰ Quanto al primo caso, è il Codice del consumo all'art. 129 ad indicare, come possibile rimedio alla carenza o inesattezza delle informazioni fornite ex art. 52, l'applicazione della disciplina sui messaggi pubblicitari ingannevoli. La questione presenta profili di interesse per quanto concerne la prefigurazione di ipotesi di responsabilità contrattuale o, forse, precontrattuale, come si esaminerà successivamente.⁷¹

⁶⁶ Art. 52, c. 1, d.lgs. 206/05.

⁶⁷ Art. 52, c. 2, d.lgs. 206/05.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Così F. RICCI, *La disciplina delle vendite a distanza ai consumatori*, in *I contratti informatici*, ed. R. CLARIZIA, UTET Giuridica, 2007, p. 323: «la disciplina dell'informazione del consumatore che acquista beni o servizi a distanza presenta una peculiarità di rilievo. Infatti, in tutti gli altri casi il dovere d'informazione a carico del professionista consiste nel dovere di consegnare un apposito documento informativo in tempo utile per la stipulazione del contratto. Invece [...] quando si tratta di contratti promossi e conclusi con l'utilizzo esclusivo di mezzi di comunicazione a distanza di natura effimera, il dovere di informazione risulta ripartito in due: a) da una parte, il dovere di rendere talune informazioni al consumatore «con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza impiegata» (art. 52 2° co., Codice del consumo), ma in forma non necessariamente documentale, da adempiere doverosamente «prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza» (art. 52 1° co., Codice del consumo); b) dall'altra, il dovere di fornire al consumatore quelle stesse informazioni in forma documentale, che può essere adempiuto anche in un momento successivo rispetto a quello della prima informazione, e cioè anche dopo la stipulazione, purché «prima o al momento della esecuzione del contratto» (art. 53, 1° co., Codice del consumo)».

⁷⁰ Il riferimento è sempre F. RICCI, *op. ult. cit.*, p. 330.

⁷¹ V. *infra*, p. 36.

Maggiormente articolate sono le ipotesi di difformità del contenuto della conferma disciplinata dall'art. 53. Nel caso di specie è necessario distinguere a seconda che la conferma su supporto documentale successiva e difforme pervenga al consumatore prima ovvero dopo la conclusione del contratto a distanza. Laddove la conferma, precedendo la conclusione del contratto, risulti difforme rispetto alle informazioni indicate preliminarmente a tacitazione dell'adempimento ex art. 52, essa, indipendentemente dalla forma rivestita, vale a modificare il contenuto dell'«atto prenegoziale di pertinenza del fornitore».⁷² Qualora, diversamente, la consegna del documento informativo segua la conclusione del contratto, le clausole eventualmente difformi indicate al suo interno rimangono estranee rispetto al contenuto del regolamento contrattuale, *tamquam non essent*. In quest'ultimo caso, nemmeno il silenzio del consumatore successivo alla conclusione del contratto può considerarsi equivalente ad assenso rispetto alla modifica del rapporto: l'art. 54 c. 2, pur ammettendo la possibilità del consumatore di prestare consenso ad una fornitura qualitativamente e quantitativamente diversa rispetto a quella pattuita, circoscrive temporalmente l'efficacia di tale opzione al momento precedente alla conclusione del contratto.

Alla violazione degli obblighi informativi finora descritti consegue l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, nonché l'ampliamento del termine entro il quale è possibile esercitare il diritto di recesso (da dieci a novanta giorni lavorativi, come si vedrà nel prosieguo):⁷³ giova rammentare in proposito che l'art. 53, oltre ad esplicitare il dovere di presentare conferma per iscritto delle informazioni rese ex art. 52, prescrive ulteriori indicazioni, fra cui rilevano condizioni e modalità di esercizio del diritto di recesso.

In materia di informazioni dirette alla conclusione del contratto si è però espresso anche il legislatore delegato nel 2003 all'atto del recepimento della direttiva 2000/31/CE. Regola centrale in tal contesto è quella racchiusa nell'art. 12, che rende immediatamente applicabili alla fattispecie anche gli obblighi informativi stabiliti dall'art. 3 d.lgs. 185/1999 - poi trasferito nell'art. 52 del d.lgs. 206/2005 - nonché gli obblighi previsti per specifici beni e servizi. La norma, oltre ad imporre tali adempimenti, dispone che il prestatore debba fornire «in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile», «prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio», una serie di informazioni. Prima di procedere ad analizzarle, è utile però enfatizzare un profilo di analogia riscontrabile con la disciplina del Codice del consumo, ed in particolare rispetto all'art. 53 e alla sua ratio, ravvisando come il c. 3 dell'art. 12 così reciti: «*La clausole e le condizioni generali del contratto proposte al destinatario devono essere messe a sua disposizione in modo che gli sia consentita la memorizzazione e la riproduzione*».⁷⁴ La finalità che accomuna le disposizioni in esame tende a permettere in ogni momento al consumatore di prendere conoscenza delle clausole e delle condizioni secondo le quali si svolge il rapporto contrattuale.

Tornando all'elencazione offerta dal primo comma dell'art. 12, è opportuno osservare una prima manifestazione della particolare tecnica normativa strumentale alla protezione del consumatore, consistente nella previsione d'inderogabilità, laddove una delle parti sia per l'appunto consumatore, di disposizioni altrimenti derogabili dalla volontà dei contraenti. In altri termini, destinatari del servizio che non siano consumatori potranno decidere di prescindere dal fornire

⁷² Ancora F. RICCI, (nt. 69), p. 334.

⁷³ V. *infra*, p. 38.

⁷⁴ Aggiunge in merito F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, (nt. 28), p. 158: « [...] saggiamente abbandonando la richiesta di renderle disponibili in forma scritta: il che avrebbe aperto il problema della necessità, o non, del requisito della firma digitale (o elettronica avanzata) per l'equipollenza alla forma scritta ».

alcune delle informazioni indicate dalla norma, che, dunque, ha di regola carattere dispositivo. In dottrina è stata proposta un'interessante catalogazione in due gruppi delle informazioni elencate dall'art. 12 c. 1:⁷⁵ un primo gruppo comprenderebbe informazioni tese a colmare il *gap tecnologico* esistente tra prestatore e destinatario del servizio, mentre le restanti informazioni avrebbero carattere generale.⁷⁶ In realtà, a prescindere dalle variabili classificazioni che possono applicarsi alla materia, pare evidente come nessuno degli obblighi informativi menzionati dalla norma sia dotato di un apprezzabile valore regolativo sul piano pratico. Forse, come si è osservato fra i commentatori, l'unica previsione significativa è quella che impone la comunicazione dei mezzi tecnici disponibili per la correzione degli errori di inserimento dei dati (tecnicamente si parla di errori ostativi) prima dell'inoltro dell'ordine. L'utilità di questo richiamo si evince dal fatto che

la predisposizione di una tutela di fatto ed ex ante rispetto agli errori nella dichiarazione o nella sua trasmissione [...] potrà sopperire alla pratica inapplicabilità al commercio elettronico della tradizionale tutela giuridica ed ex post dell'annullamento, che ruota intorno al requisito della riconoscibilità dell'errore (art. 1431 cod. civ.), di difficile ricorrenza [...] nella contrattazione telematica.⁷⁷

L'ambito di applicazione della disposizione non copre tuttavia l'intera categoria dei contratti conclusi per via telematica: il c. 2 specifica infatti l'inapplicabilità del c. 1 (secondo un ricorrente schema regola-deroga) ai contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti. Viene meno, dunque, la regola dell'inderogabilità degli obblighi informativi a favore dei consumatori.⁷⁸ Il terreno entro il quale avrà forza vincolante la norma racchiusa all'art. 12 c. 1 corrisponde pertanto alla classe dei contratti per adesione, caratterizzati dall'unilaterale predisposizione del regolamento contrattuale ad opera del prestatore. Tali rilievi non possono e non devono indurre a considerare spogli di qualsiasi forma di protezione i soggetti che intraprendano operazioni economiche attraverso forme atipiche, come lo scambio di messaggi e-mail. Il nostro legislatore ha infatti adeguatamente disciplinato il documento informatico e la firma digitale, strumenti che rivestono, almeno in prospettiva, importanza fondamentale non soltanto nell'ambito dell'attività contrattuale interprivatistica.

Piuttosto complesso è il panorama che si apre sulle possibili conseguenze derivanti dall'inosservanza degli obblighi informativi. L'art. 21 del d.lgs. 70/2003 prevede l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, conformemente a quanto dispone l'art. 52 del Codice

⁷⁵ C. ROSSELLO, (nt. 36), p. 136.

⁷⁶ Secondo la classificazione di C. ROSSELLO, *ibidem*, il primo gruppo comprenderebbe queste informazioni:

- a) le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto;
- b) il modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e le relative modalità di accesso;
- c) i mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore.

Le informazioni afferenti al secondo gruppo sarebbero invece quelle riguardanti:

- d) gli eventuali codici di condotta cui il prestatore aderisce e come accedervi per via telematica;
- e) le lingua a disposizione per concludere il contratto oltre all'italiano;
- f) l'indicazione degli strumenti di composizione delle controversie.

⁷⁷ L'intervento è di F. DELFINI, (nt. 28), p. 158.

⁷⁸ Si noti, peraltro, come l'esclusione dell'inderogabilità degli obblighi informativi operi – attraverso il rinvio integrativo contenuto nel primo comma dell'art. 12 in commento – anche rispetto alla disciplina consumeristica posta dall'art. 3, d.lgs. 185/1999 (oggi art. 52, d.lgs. 206/2005).

del consumo riproducendo la norma coniata con il decreto sulla protezione dei consumatori nei contratti a distanza. L'assenza di specifiche indicazioni rende problematico accertare quali conseguenze possano emergere sul piano civilistico. L'argomento risulta ampiamente dibattuto fra gli autori, che hanno proposto soluzioni anche significativamente distanti.

In primo luogo ha catturato le attenzioni degli studiosi la possibile configurazione di una responsabilità precontrattuale.⁷⁹ Ipotesi, questa, apparentemente impropria. Si è accertato, infatti, che l'ambito applicativo della disciplina enucleata dall'art. 12 in particolare corrisponde all'area della contrattazione per adesione. L'aspetto peculiare di questo schema è rappresentato dall'unilaterale predisposizione del regolamento contrattuale: è assente una fase di trattative, manca la possibilità di discutere le singole clausole e di ottenerne una modifica. La volontà del contraente debole degrada così a mero consenso. Come è possibile, quindi, configurare una responsabilità precontrattuale, riferibile alla fase delle trattative, laddove una vera e propria trattativa fra le parti venga a mancare? In realtà, questo assunto muove da una visione semplicistica e spesso da una conoscenza scarsamente approfondita degli strumenti tecnici che realizzano la comunicazione a distanza. Giova rilevare, in proposito, come esistano tecniche che assicurano immediatezza alla comunicazione. In particolare, esse costituiscono un novero piuttosto esteso, e in progressivo ampliamento, accomunato dalla capacità di alimentare e produrre informazione e discussione intorno a precisi temi. Fra queste, alcune (come lo scambio di e-mail, sottratto però all'applicazione della disciplina in esame) rendono poi possibile una trattativa, e quindi non impediscono, come si è affermato da più voci in dottrina,⁸⁰ l'esistenza di una fase prenegoziale. Pare opportuno, a questo punto, per apprezzare il grado di approfondimento raggiunto da talune analisi nel merito della questione, riportare l'intervento di un autore⁸¹ che, se non vanta la pretesa di offrire incontestabili soluzioni, quantomeno sostiene un'opinione saggiamente ponderata alla luce del dato tecnologico e delle sue implicazioni rispetto alla realtà giuridica:

[...] risulta del tutto evidente come le comunicazioni via e-mail, chat, mailing-list, nonché quelle che avvengono in uploading ed in downloading, offrano sicuramente possibilità di trattativa o di negoziazione in ordine alla determinazione dei contenuti contrattuali eventualmente trasmessi, occorrendo però [...] che le comunicazioni tra le parti coinvolte si susseguano «bidirezionalmente», fino a poter ravvisare il raggiungimento di un accordo sul medesimo contenuto negoziale.

Viceversa, le possibilità di trattativa sono state per lo più escluse in dottrina con riferimento alle comunicazioni effettuate tramite il «world wide web», giacché si è preteso ravvisare, in tale ambiente, la sola possibilità di comunicazioni «unidirezionali» o, comunque, segnate dall'assenza di una qualsivoglia possibilità di «dialogo». Tali comunicazioni, infatti, sono apparse congegnate in modo tale da presentare automatismi secondo cui un eventuale consenso da parte dell'utente alla

⁷⁹ Per un approfondimento sul tema: V. ROPPO, (nt. 8), Giuffrè, 2001.

⁸⁰ A. M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Giuffrè, 1997, p. 187: «Al quesito se sia possibile dare prova di una trattativa individuale risponderai a questo punto in senso negativo con riguardo alla tecnica dell'accesso al sito, della consultazione delle pagine web; mentre appare possibile nell'ambito della posta elettronica. [...] La pagina web propone tinte di analogia con la figura del c.d. contratto di adesione, in particolare per il rilievo [...] che il consumatore non può sfuggire alla volontà [...] del predisponente: o si dice sì, oppure si dice no dinanzi a quanto viene offerto».

⁸¹ L'intervento appartiene a F. BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Giuffrè, 2007, pp. 458-460.

conclusione del contratto verrebbe espresso solamente con «click» di adesione ad un contratto già rigidamente determinato in tutti i suoi contenuti (come per i contratti standard), senza alcuna possibilità di negoziazione delle clausole in esso racchiuse.

A dire il vero, [...] il livello tecnico raggiunto dai linguaggi con cui vengono approntate le pagine web è sicuramente tale da permettere una negoziazione che vada ben oltre la semplice manifestazione di un consenso per adesione.

[...]

Viceversa, anche solamente ricorrendo ad un semplice linguaggio di marcatura, come l'HTML, possono essere allestiti strumenti interattivi che consentono di recuperare il senso della negoziazione nel world wide web. È infatti noto che le pagine presenti nei siti Internet possono ospitare non solo link ad e-mail, ma anche i c.d. «form», utilizzati, più che per l'individuazione di contenuti predeterminati, per la comunicazione di dati e di informazioni da parte dell'utente, elevando il grado di interattività relativo all'operazione negoziale.

Siffatte modalità di interazione hanno un rilievo che non può essere affatto trascurato sotto il profilo giuridico, incidendo sia sulla qualificazione e del negozio che ne deriva, sia [...] sulla disciplina applicabile.

Vi è poi chi,⁸² prescindendo dall'analisi dei mezzi tecnici, ammette pacificamente, senza approfondire sull'argomento, l'operatività dei tradizionali rimedi civilistici fra cui, appunto, la responsabilità precontrattuale. Del resto, si è affermata con (quasi) piena condivisione fra i commentatori la tesi che vuole sussistente l'obbligo di comportarsi secondo buona fede anche nell'ambito della contrattazione di massa, integrata dallo schema negoziale per adesione. Si è osservato infatti che

la dottrina, nell'ambito dell'indagine sul concetto di trattativa e in virtù della considerazione che essa vada riconosciuta esistente non solo laddove si sia in presenza di una attività volta a sondare i punti di divergenza, a cercare soluzioni atte a contemperare le contrapposte pretese e a risolvere il conflitto dei contrapposti interessi, ma anche nella rappresentazione preventiva del futuro contratto, e cioè nella "attività rivolta a verificare l'opportunità e la convenienza di concludere quel determinato negozio", ha concluso che tale attività è sicuramente presente anche nei contratti di massa e che, pertanto, anche per essi è ravvisabile il dovere di buona fede nelle trattative.⁸³

La frustrazione dell'affidamento del consumatore sulla conclusione del contratto ovvero sul suo contenuto viene pertanto mitigata, in tal modo, dalla prefigurazione dell'addebito di responsabilità precontrattuale, cui si correla il diritto ad ottenere un risarcimento per aver concluso un contratto invalido (o inefficace) ovvero in ragione di un'ingiustificata rottura della

⁸² Si intende, ad esempio, a C. ROSSELLO, (nt. 36), p. 137: «Restano poi -ovviamente- salvi i rimedi di diritto comune. In particolare, l'art. 1337 cod. civ., applicabile alla violazione degli obblighi informativi facenti capo alle parti, secondo correttezza, nel corso delle trattative, nonché l'annullamento del contratto per dolo, ai sensi degli artt. 1439 e 1440 cod. civ., quantomeno nelle ipotesi più gravi in cui la mancanza di informativa prescritta integri una sleale reticenza tale da indurre in inganno e da far concludere, un contratto che, in diversa ipotesi, non sarebbe concluso».

⁸³ Così riassume la questione L. MANNA, (nt. 36), pp. 98-99.

trattativa, risarcimento che copre il cd. interesse negativo, cioè «l'interesse a non intraprendere una trattativa come quella che ha esposto il soggetto a subire le scorrettezze di controparte»⁸⁴.

Il confronto fra gli autori si è inoltre arricchito di una tesi⁸⁵ che, se non ha avuto il merito di sgombrare il campo d'indagine dalle incertezze che lo circondano, quantomeno pare incontrare le attenzioni di più di un autore⁸⁶, segno forse di una certa sensibilità innovativa. Essa propone di considerare l'inosservanza degli obblighi informativi come illecito omissivo, muovendo dalla constatazione della scarsa efficacia preventiva del possibile addebito di responsabilità precontrattuale. In altri termini, la sanzione (e cioè il risarcimento) non è considerata di memento sufficientemente vigoroso al fine di disincentivare le reticenze del prestatore. Mutuando un'espressione cara ai cultori dell'analisi economica del diritto, il prestatore realizzerebbe un inadempimento ottimale, nel senso che i costi derivanti dall'illecito risulterebbero comunque inferiori rispetto ai benefici che egli trarrebbe dall'affare. La tesi in parola giunge allora a connotare differentemente l'elemento soggettivo a seconda degli effetti che sarebbero originati dall'adempimento (nella realtà non verificatosi) degli obblighi informativi ad opera del prestatore: «La conseguenza è allora l'impugnativa per dolo determinante quando non si sarebbe altrimenti avuta la stipulazione del vincolo, per dolo incidente quando risulti che il vincolo sarebbe stato comunque concluso, ma che senza quelle informazioni non sarebbero state accettate quelle deteriori condizioni». Tale formulazione riconosce inequivocabilmente piena precettività alle norme affidate agli artt. 1439 e 1440 c.c. . È stato rilevato come questa impostazione, in grado di assicurare un'effettiva tutela del consumatore e soprattutto dei suoi interessi, si scontri con «l'orientamento tradizionale della giurisprudenza che richiede una sorta di dolo specifico, per connotare di illiceità una condotta omissiva»⁸⁷. Questo inciso non sembra invero capace di scalfire l'apprezzabile capacità della tesi in esame di offrire una risposta concisa e insieme articolata all'interrogativo sulle conseguenze derivanti dall'inosservanza degli obblighi informativi posti dalla disciplina del commercio elettronico.

Una soluzione alternativa è poi quella della nullità per violazione di norme imperative *ex art.* 1418, c. 1, c.c., la quale tuttavia, pur essendo di immediata applicazione rispetto all'ipotesi di un qualsivoglia accordo atto ad escludere il dovere d'informazione - indisponibile alle parti in presenza di un consumatore - risulta invece di più difficile adattamento all'ipotesi di contratto concluso in violazione degli obblighi informativi. Al fine di comprendere l'effettiva portata patologica dell'ipotesi considerata, occorre perciò interrogarsi ulteriormente sulla natura della norma al centro del discorso. Solo una volta riconosciuto carattere imperativo⁸⁸ all'art. 12 è possibile individuare nella nullità la sanzione adeguata al contratto concluso in sua violazione. Nondimeno, il quadro si complica ove si consideri che l'imperatività della norma presiede ad una più elevata funzione di protezione, nell'ambito del commercio elettronico, a beneficio tanto dei

⁸⁴ V. ROPPO, (nt. 8), p. 186.

⁸⁵ Si intende quella formulata da A. GENTILI, *L'inefficacia del contratto telematico*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, 1, p. 762.

⁸⁶ Simile ricostruzione è menzionata tanto da L. MANNA, (nt. 36), pp. 98-99, quanto da F. DELFINI, (nt. 28), pp. 233-234.

⁸⁷ L'autore citato è sempre F. DELFINI, *ibidem*.

⁸⁸ La qualificazione come norma imperativa della previsione d'inderogabilità degli obblighi informativi è ricavata da L. MANNA, *op. ult. cit.*, p. 102 osservando che la stessa risulta «finalizzata non solo a consentire al contraente, anche a quello meno esperto, di acquisire conoscenza di un serie di elementi che gli consentano la formazione di un consenso consapevole e meditato, ma [...] altresì [...] alla tutela di un interesse, generale e pubblico, alla trasparenza, correttezza ed equità delle relazioni commerciali».

consumatori quanto degli operatori professionali. Non a caso, taluni autori⁸⁹ parlano di «nullità di protezione», sicché non è dato immaginare la nullità come tradizionalmente connotata sul piano civilistico, alla stregua di una patologia rilevabile anche d'ufficio o da parte di chiunque vi abbia interesse. Così argomentando, la nullità viene invece a configurarsi quale strumento rimesso all'impulso del consumatore, e, in primo luogo, a sua protezione. Proprio perché è questi che può meglio valutare l'alternativa decisoria fra la conservazione del contratto e la sua eliminazione, in dottrina si argomenta nel senso di attribuire in via esclusiva la legittimazione (processuale) all'impugnativa allo stesso consumatore. La nullità si dice pertanto relativa.⁹⁰ Solo così l'esigenza di proteggere la parte più debole trova una risposta efficace ed esaustiva.

2. Una deroga all'ambito applicativo dell'art. 12: la contrattazione via e-mail

L'art. 12 c. 3, escludendo l'applicazione dei primi due commi ai contratti conclusi mediante scambio di messaggi di posta elettronica, diviene utile occasione di confronto tra la regolazione dell'e-commerce e la disciplina generale dei contratti, nonché per descrivere alcuni strumenti che, specialmente nel suddetto contesto negoziale, assolvono un ruolo non trascurabile.

Premessa necessaria all'analisi che si intende condurre è l'enucleazione delle regole fondamentali che presiedono alla conclusione di un contratto attraverso strumenti telematici. Tali regole non differiscono rispetto a quelle delineate dal Codice civile nella disciplina generale dei contratti, e ciò in ragione del fatto che il contratto telematico non costituisce un tipo a sé.

Le uniche specificità derivano dalla particolare tecnica di formazione dell'accordo, sicché occorre verificare anzitutto quali effetti pratici conseguano all'applicazione degli artt. 1326 c.c. e 1335 c.c., che regolano tempo e luogo di conclusione del contratto. L'applicabilità delle disposizioni codicistiche alla contrattazione telematica riposa altresì sul dato legislativo offerto dall'art. 13 del d.lgs. 70/2003, ove, al c. 1, si dispone: «*Le norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione inoltri il proprio ordine per via telematica*». Tale disposto può intuitivamente inquadrarsi ponendo mente al principio di non discriminazione degli strumenti informatici per lo svolgimento dell'attività contrattuale (art. 9 par. 1 Direttiva 2000/31/CE), ispiratore della disciplina comunitaria. La norma in esame, al c. 2, detta poi essa stessa una regola di dettaglio, ponendo a carico del prestatore il dovere, «*senza ingiustificato ritardo e per via telematica*», di accusare ricevuta (dal contenuto sostanzialmente ricognitivo) dell'ordine inoltrato dal destinatario del servizio.⁹¹ Ordine e ricevuta, inoltre, ai sensi del c. 3, si presumono pervenuti (quindi conoscibili, si potrebbe aggiungere) allorché risultino accessibili alle parti cui sono

⁸⁹ Oltre a L. MANNA, (nt. 36), p. 102, anche R. QUADRI approfondisce sul tema in *Le c.d. «nullità protettive»*, in *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie. Volume I – Gli scambi*, (nt. 12), pp. 413 e ss., specialmente estendendo la categoria in esame alle clausole vessatorie nei contratti del consumatore.

⁹⁰ Ancora L. MANNA, *op. ult. cit.*, p. 107, che recupera un intervento di G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 1359: «non è pensabile che il contratto concluso tra parti contrattualmente impari possa ricevere lo stesso trattamento di quello concluso tra parti contrattualmente equivalenti [...] l'esigenza di proteggere la parte più debole del rapporto economico ingenera una costruzione di invalidità che finisce con il condizionare lo stesso tipo di tutela».

⁹¹ La specifica previsione dell'obbligo di accusare ricevuta dell'ordine ribadisce la regola generale già sancita dall'art. 4 del d.lgs. 185/1999, poi trasposto nell'art. 53 del Codice del consumo, ove si impone al fornitore di dare conferma scritta o su supporto duraturo delle informazioni essenziali indicate dall'art. 3. Si deve però escludere la partecipazione di tale adempimento all'iter formativo del contratto, sicché in caso di omissione del prestatore il contratto conserverà la propria validità ed efficacia, mentre il termine per l'esercizio del diritto di recesso a favore del consumatore risulterà dilatato da dieci a novanta giorni lavorativi, come conseguenza della carente informativa.

indirizzati. Conferma il punto un autorevole commentatore con riferimento alla corrispondente previsione della direttiva (art. 11):

è innegabile che la norma, nonostante la sua formulazione minimalista, finisca con l'incidere sulla determinazione del momento di conclusione del contratto almeno nei casi in cui l'ordine consegua ad una analoga proposta e si configuri, quindi, come un'accettazione. Infatti, in tali casi, non può evitarsi la conclusione che il contratto si perfezioni quando l'ordine-accettazione è pervenuto al destinatario, in quanto accessibile da parte dello stesso. Almeno in queste ipotesi, la norma accoglierebbe quindi, quanto alla determinazione del momento di conclusione del contratto, il principio di ricezione e prevarrebbe su quelle nazionali improntate a criteri diversi, come, ad esempio, quello della spedizione (mail box rule). Parrebbe, invece, eccessivo raggiungere le stesse conclusioni per ordini che non equivalgano ad accettazioni, ma costituiscano, invece delle proposte.⁹²

L'art. 13, c. 4 del decreto esclude però l'applicabilità dei c. 2-3 all'attività contrattuale realizzata mediante scambio di messaggi di posta elettronica. Se quindi è confermata l'efficacia delle norme del Codice, il contratto deve considerarsi concluso all'atto della conoscenza, da parte del proponente, dell'accettazione espressa dall'oblato. Vale tuttavia anche nel caso specifico la presunzione di conoscenza alla ricezione presso l'indirizzo del destinatario, cui risulta equiparato l'indirizzo e-mail: pertanto il vincolo potrà dirsi formato quando il prestatore riceva presso il proprio indirizzo di posta elettronica (che rientra, ai sensi dell'art. 7 c. 1 lett. c) d.lgs. 70/2003, tra le informazioni generali obbligatorie che il prestatore deve «rendere facilmente accessibili, in modo diretto e permanente, ai destinatari del servizio») l'accettazione dell'oblato.⁹³

Dal punto di vista strettamente tecnico dunque, il momento di conclusione del contratto corrisponde alla ricezione dell'accettazione presso il server del proponente ovvero presso il server del fornitore di servizi internet presso il quale questi dispone di un indirizzo di posta elettronica.⁹⁴

Quanto invece al luogo di conclusione del contratto, attesa la marginale rilevanza di tale problema, non meritano menzione le diverse e articolate impostazioni seguite nel passato dai commentatori per tacitare la criticità del punto; basterà invece ricordare che, in seguito al recepimento della direttiva comunitaria nel nostro ordinamento, è convinzione diffusa, supportata dal dato legislativo, che il contratto debba considerarsi concluso nel luogo di stabilimento del prestatore di servizi, rinvenibile, specie nelle ipotesi (più problematiche) in cui il prestatore non sia un'impresa, nella sede dei principali interessi dell'offerente, quindi la sede legale, o in alternativa il domicilio e la residenza.

Avuto riguardo di analizzare le fondamentali regole che presidono la formazione del vincolo contrattuale, connotate delle specificità tipiche del contesto telematico, è possibile ora affrontare le eccezioni che il legislatore ha posto rispetto all'applicazione di talune disposizioni a beneficio del consumatore nella disciplina dell'e-commerce. A ragione dello stretto rapporto fiduciario che intercorre fra i contraenti, pure supportato dall'opportunità di ottenere facilmente informazioni e

⁹² U. DRAETTA, (nt. 33), p. 80.

⁹³ È infatti rimasta minoritaria la tesi elaborata da quella parte della dottrina che considera concluso il contratto all'atto di lettura del messaggio di posta elettronica di accettazione presso il luogo in cui è situato il computer del proponente.

⁹⁴ Così F. BRAVO, (nt. 81), p. 392.

di limitare quindi eventuali asimmetrie informative, il legislatore ha escluso la contrattazione mediante scambio di messaggi di posta elettronica dal campo applicativo delle norme racchiuse agli artt. 12 e 13 del d.lgs. 70/2003. Siffatta deroga appare coerente con la preordinazione alla trasparenza che caratterizza la previsione di obblighi informativi. In particolare, dal momento che tale prerogativa potrebbe risultare soddisfatta altrimenti nella contrattazione via e-mail, dove fra le parti intercorre un continuo scambio di informazioni finalizzato ad una migliore conoscenza dell'affare.

Ed è proprio con riferimento ad una simile contrattazione che vengono in rilievo alcuni strumenti di cui il legislatore ha inteso dotare le parti come ausilio allo svolgimento della propria autonomia privata. Non si tratta, invero, di tecniche deputate ad assicurare maggiore certezza soltanto in ambito negoziale, bensì di innovazioni pensate al fine di rendere assistita l'attività, sia interprivatistica che pubblicistica, di adeguate garanzie sul piano dell'efficacia probatoria, ove la stessa si svolga mediante strumentazioni informatiche. Si parla, nello specifico, del documento informatico e della firma digitale.⁹⁵ Quest'ultima appartiene al novero delle firme elettroniche ed è senza dubbio, fra queste, la più diffusa.

a. Profili di disciplina del documento informatico

Nell'ambito della contrattazione telematica si è visto valere lo schema negoziale tipico delineato dalle norme civilistiche, dove la conclusione del contratto postula lo scambio tra proposta ed accettazione, dichiarazioni di volontà contrattuale. Il problema che emerge, legato all'utilizzo di simili strumenti, interessa il profilo probatorio. È possibile che il messaggio di posta elettronica nel quale Caio dichiara di accettare la proposta avanzata da Tizio generi a suo carico l'obbligazione di eseguire la prestazione? Tale interrogativo s'insinua, legittimamente, in ragione della possibilità materiale di falsificare il nome del mittente di un messaggio di posta elettronica ovvero di utilizzare, acquisita all'insaputa del mittente la sua password, l'indirizzo e-mail altrui. Le perplessità sintetizzate in questi esempi hanno trovato rimedio, anzitutto, grazie al riconoscimento di valore legale al documento informatico. L'origine di tale figura è rinvenibile nel d.P.R. 513/1997, art. 1, ove si definisce il documento informatico come «*la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti*», mentre l'art. 2 stabilisce che «*il documento informatico, da chiunque formato, l'archiviazione su supporto informatico e la trasmissione con strumenti telematici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge se conformi alle disposizioni del presente Regolamento*». L'art. 4, infine, chiude il cerchio, statuendo che il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta. La definizione pura e semplice di documento informatico non è però di per sé sufficiente ad esaurire un quadro reso più complesso dalla disciplina della firma digitale. Curiosamente, la previsione di questo strumento nel nostro ordinamento precede la disciplina comunitaria, racchiusa nella direttiva n. 93 del 1999, relativa alle firme elettroniche, che ha trovato attuazione con il d.lgs. 10/2002. Il già menzionato d.P.R. 113/1997 infatti, definiva altresì la firma digitale all'art.1, lett. b, quale

⁹⁵ Alcune perplessità sull'utilizzo della firma digitale, in particolare, quale strumento di imputazione della volontà contrattuale nei confronti del consumatore già erano state espresse prima del definitivo assestamento delle materia nell'ordinamento nazionale in esito all'impulso comunitario, come rivela l'intervento di C. SARZANA DI SANT'IPPOLITO - F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *Profili giuridici del commercio via internet*, Giuffrè, 1999, p. 78: «Il legislatore italiano ha [...] riconosciuto esplicitamente il valore di "uno" fra i modi di conclusione del contratto nelle reti informatiche, quello che si realizza mediante l'apposizione della firma digitale al documento informatico a cui risulta applicabile la disciplina dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali. La fretta del legislatore italiano nel canonizzare il "contratto informatico" non può far dimenticare invece, che la realtà telematica contempla diverse forme di contrattazione con caratteristiche formali e contenutistiche profondamente differenti».

«risultato della procedura informatica (validazione) basata su un sistema di chiavi asimmetriche a coppia, una pubblica ed una privata, che consente al sottoscrittore tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico». La firma digitale fonda dunque il proprio funzionamento su una coppia di chiavi asimmetriche: ciò significa che la stessa chiave utilizzata per criptare un contenuto non potrà parimenti consentirne la lettura (cosa che, diversamente, accadrebbe con l'utilizzo di una chiave simmetrica). La chiave pubblica viene normalmente depositata presso un certificatore, mentre la chiave privata rimane nell'esclusiva disponibilità del singolo. Cifrando il contenuto del documento informatico con la propria chiave privata e con la chiave pubblica del destinatario il mittente è in grado di assicurarne non solo l'autenticità ma anche l'integrità, quindi, implicitamente, la riservatezza. A sua volta il destinatario potrà accedere al contenuto del documento utilizzando la propria chiave privata e la chiave pubblica, così solo accertando la provenienza e la conformità all'originale del messaggio. In sostanza, la firma digitale corrisponde ad una stringa alfanumerica generata sulla base del contenuto del documento che imprime a questo un sigillo in grado di definirne la provenienza in modo univoco. Infatti, ad ogni variazione del contenuto del documento corrisponde una modifica della stringa alfanumerica, dunque della firma digitale.

L'attuazione della direttiva 1999/93/CE ha apportato complessità al panorama preesistente,⁹⁶ disciplinando tre diverse forme di firma elettronica: semplice, avanzata e qualificata. La firma digitale appartiene alla tipologia da ultimo indicata. In materia è intervenuta poi un'opera di riassetto in occasione dell'emanazione del Codice dell'Amministrazione Digitale (d.lgs. 82/2005), che pur inerendo all'attività della Pubblica Amministrazione, detta disposizioni vincolanti anche nell'attività interprivatistica (art. 20 e ss.). Tale provvedimento, distinguendo tra le tipologie di documento informatico a seconda della firma ad esso associata, riconosce al documento informatico sottoscritto con firma digitale il valore sostanziale di documento scritto, nonché l'efficacia probatoria della scrittura privata, così come descritta dall'art. 2702 cod. civ. : farà pertanto «piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni di chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata riconosciuta».⁹⁷ Tali strumenti, di indubbia utilità anche a supporto dell'attività contrattuale, conoscono tuttavia una diffusione ancora marginale, specialmente tra privati.

⁹⁶ Da alcuni autori l'attuazione della direttiva sulle firme elettroniche è stata interpretata come fondamentale momento di sviluppo degli strumenti di tutela del consumatore. Emblematico il giudizio di S. LOMBRASSA, *La tutela del consumatore*, in *Internet. Nuovi problemi e questioni controverse*, ed. G. CASSANO, Giuffrè, 2001, pp. 409-412: «Il valore limitato [...] della dichiarazione informatica del consumatore, malgrado la necessaria approvazione delle clausole vessatorie con firma digitale, non sembra adeguato a risolvere le particolari esigenze di protezione. [...] La direttiva, grazie all'impostazione *functional equivalent* adottata (non viene individuato lo strumento tecnologico, ma i risultati che la firma deve realizzare), introduce rilevanti novità, accanto alla firma digitale prevista dalla legge italiana. I risvolti per l'*e-commerce* B2C e per la tutela del consumatore saranno tutt'altro che trascurabili». Invero, a chi oggi osservi il risultato dell'attuazione della direttiva in parola, i suoi esiti appaiono meno felici rispetto a quelli anzitempo prospettati ed auspicati.

⁹⁷ La soluzione, visibilmente contorta, accolta del legislatore non manca comunque di sollevare incertezze: dato che l'utilizzo della firma digitale si presume riconducibile al titolare (ex art. 21 c. 2), e questi non può esperire querela di falso verso il documento informatico con essa sottoscritto, l'unico modo per contestare la firma digitale sarà provare di non averne fatto uso, vincendo così la presunzione fissata dalla norma. Si rinvia alla trattazione di R. ZALLONE, *Elementi di diritto dell'informatica*, Franco Angeli, 2007, p. 132.

B. Il diritto di recesso

A differenza degli obblighi informativi, che costituiscono una previsione innovativa propria della disciplina sulla tutela dei consumatori nei contratti a distanza, il secondo pilastro in materia protezionistica nell'ambito dell'e-commerce, rappresentato dal riconoscimento del diritto di recesso, trova originaria collocazione nel decreto del 1992 sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali. La normativa ivi racchiusa, se raffrontata con l'avanzato stadio di perfezionamento raggiunto dalla tecnologia, e quindi, con la crescente diffusione di negoziazioni per via telematica, presenterebbe plausibilmente non indifferenti problematiche di compatibilità, che trarrebbero la loro origine dalla ratio a fondamento del d.lgs. 50/1992, molto distante rispetto alle esigenze regolative del commercio elettronico. Nondimeno, il provvedimento ha il merito di offrire un duttile strumento di *exit*, al fine di consentire al consumatore la possibilità di sciogliersi dal vincolo contrattuale, ancorché solo a certe condizioni, che si aggiunge agli sforzi intrapresi – prima del provvedimento in questione – da diversi autori, al fine di delineare un quadro sufficientemente efficace di tutela a beneficio dei consumatori. In questo filone si inscrivono pertanto i tentativi di estendere⁹⁸, talora magari impropriamente, la portata delle disposizioni generali in materia contrattuale. Queste criticità esprimono indirettamente l'opportunità dell'intervento regolativo attuato nel 1992, ancorché lo stesso abbia, sin dall'inizio, suscitato alcune perplessità esegetiche tra i commentatori. Prima di analizzare le suddette difficoltà, ed al fine di comprenderne meglio il peso, anche in funzione del successivo intervento del 1999, occorre individuare i caratteri essenziali che atteggiano, nel nostro ordinamento, il diritto di recesso.

È opportuno muovere dal rilievo che le norme civilistiche non definiscono compiutamente questo istituto, pur facendone frequentemente menzione. Proprio la varietà di contesti entro i quali tale strumento rimediabile può essere azionato non consente di superare una vaga e immediata esplicitazione del suo significato quale vicenda estintiva relativa di un rapporto contrattuale.⁹⁹ Detto che il recesso può avere fonte legale o convenzionale, esso è tradizionalmente considerato oggetto di una tripartizione *funzionale* che ha riscosso grande successo in dottrina in ragione della sua efficacia.¹⁰⁰ si distingue il recesso *determinativo*, che consente al recedente di liberarsi unilateralmente da un rapporto di durata indeterminata (nei contratti privi di termine finale), il recesso come *mezzo d'impugnazione del contratto*, in grado di determinarne la risoluzione (quando la reazione si fonda su vizi sopravvenuti: inadempimento, eccessiva onerosità o impossibilità sopravvenuta) ovvero l'annullamento (ove a fondamento vi

⁹⁸ Quali mezzi di tutela a favore del consumatore in ambito negoziale rilevano, per esempio, anche l'impugnativa del contratto per errore del contraente sulle qualità del bene ex art. 1429 n. 2 c.c. (difficilmente esperibile nella contrattazione telematica, stante la necessaria riconoscibilità dell'errore ex art. 1431 c.c.: sul punto F. DELFINI, (nt. 28), p. 158 e, in particolare, F. BRAVO, (nt. 81), pp. 210 e ss.) ovvero la risoluzione per inadempimento (di obblighi informativi posti da norme di legge) unita al risarcimento del danno (G. ALPA, (nt. 23), p. 851). Si veda anche, sul recesso in generale, G. GABRIELLI – F. PADOVINI, voce *Recesso (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1988, p. 33.

⁹⁹ Specialmente nella legislazione consumeristica, poi, «il diritto di recesso è strumento difensivo attribuito al consumatore per riequilibrare un rapporto contrattuale che si presume sbilanciato a favore della controparte»: così A. M. MANCALEONI, *Commento sub art 5, d.lgs. 185/99*, in *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza. Commento al d. lg. 22 maggio 1999, n. 185*, ed. M. ATELLI, Giappichelli, 2001, p. 150.

¹⁰⁰ G. GABRIELLI, (nt. 38).

siano vizi originari),¹⁰¹ e il recesso come *ius poenitendi*, ossia come diritto a pentirsi della regola contrattuale precedentemente posta.

Appurato lo stretto legame, descritto *supra*, tra obblighi informativi e diritto di recesso, si potrebbe immaginare tale istituto come reazione all'inosservanza del dovere di fornire le informazioni necessarie alla conclusione del contratto. In realtà, il nostro legislatore ha scelto di conformare ad altri paradigmi il vincolo tra questi due pilastri, prevedendo nello specifico la mera dilatazione del termine d'esercizio del diritto di recesso quale conseguenza di un'incompleta o inesatta informativa. Merita risalto pertanto la riconduzione del recesso a favore del consumatore, nella classificazione proposta, allo *ius poenitendi*. Questa impostazione appaga le istanze di tutela dei consumatori loro consentendo la liberazione dal rapporto contrattuale a prescindere dalla sussistenza e dalla dimostrazione di vizi perturbativi del processo volitivo.¹⁰² Secondo quest'accezione era stato infatti configurato il diritto di recesso nel d.lgs. 50/1992, alla stregua delle esigenze di assicurare un valido strumento contro il pericolo di captazione del consenso conseguente a tecniche aggressive ed a preservazione dall'effetto sorpresa.

Si è però accennato¹⁰³ che tale formulazione ha suscitato alcune problematiche interpretative, legate soprattutto al coordinamento con le disposizioni civilistiche. In particolare, il decreto ammette l'esercizio del recesso rispetto a «*contratti e proposte contrattuali*», mentre «il recesso, tradizionalmente, riguarda rapporti contrattuali in senso stretto, derivanti cioè da contratti di cui si presuppone l'avvenuto perfezionamento, ivi pertanto escluse le proposte contrattuali, per le quali il venire meno degli effetti consegue all'esercizio del potere di revoca».¹⁰⁴ Ne è derivata un'ambigua collocazione, anche funzionale, dell'istituto, quasi che lo stesso abbracciasse anche il potere di revoca (peraltro esaustivamente regolato dalla norme codicistiche), specialmente nei casi, invero non così infrequenti, ove l'iter formativo del rapporto contrattuale originasse da una proposta del consumatore.¹⁰⁵

Ulteriore difficoltà espressa dalla dottrina concerne la compatibilità tra il recesso e la previsione affidata all'art. 1372 c.c., che osterebbe ad un unilaterale scioglimento del vincolo. Essa si risolve constatando che il legislatore accorda a favore del consumatore una presunzione che vuole prevalenti gli interessi a lui facenti capo rispetto alla permanenza del rapporto contrattuale. Il diritto di recesso costituirebbe così uno strumento discrezionale riconosciuto al consumatore

¹⁰¹ È bene chiarire, a scanso di equivoci, come il riferimento alle ipotesi di risoluzione e di annullamento del contratto non sia qui effettuato nell'erronea convinzione che risoluzione o annullamento concretino delle fattispecie qualificate di recesso. Piuttosto, si vuol osservare come lo strumento del recesso possa piegarsi al raggiungimento di finalità comuni ad altri istituti (quali sono appunto le azioni di risoluzione o di inadempimento). Nel caso di specie, in particolare, tali finalità consisterebbero nel far cadere – seppur con effetti parzialmente diversi (stante la generale operatività *ex nunc* del recesso) – un vincolo privo dell'idoneità a esplicare ulteriori effetti, ovvero particolarmente instabile. Riguardo al recesso inteso come *ius poenitendi* osserva E. RAVERA, *Il recesso*, Giuffrè, 2004, p. 451: «Deve comunque sottolinearsi che il diritto di recesso non è una tutela che per il consumatore si aggiunge alle cause di annullamento del contratto per vizi del consenso (errore, violenza, dolo art. 1427 c.c.):» riportando questa affermazione si intende sottolineare la diversità dei presupposti a fondamento dell'esperimento dei rimedi risolutivi ex 1427 rispetto a quello, rappresentato dalla mera insoddisfazione del consumatore, alla base dell'esercizio dello *ius poenitendi*. Si veda anche D. FALCONIO, *Il recesso del consumatore*, in *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie. Volume I – Gli scambi*, (nt. 12), pp. 386 e ss.

¹⁰² In generale si è osservato che «è ormai una costante di tutti i contratti del consumatore [...] la possibilità di esercitare tale diritto indipendentemente dalla esistenza o meno di una situazione di “sorpresa”» (G. BENACCHIO, *Diritto privato comunitario*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, p. 230).

¹⁰³ V. *supra* p. 36.

¹⁰⁴ A. M. MANCALEONI, (nt. 99), p. 149.

¹⁰⁵ Il rilievo appartiene a V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra “contratti commerciali” e “contratti dei consumatori”)*, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, 4, pp. 59-60.

per vagliare l'opportunità di mantenere in vita un rapporto già sorto, a prescindere dall'esistenza di fattori che abbiano turbato il processo volitivo. All'estremo, questi potrebbe dunque decidere di sciogliere il vincolo contrattuale, per così dire, *ad nutum*, quindi perfino per assecondare il "mero capriccio". A ragione di questi motivi, la facoltà di recesso soffre comunque di alcune limitazioni,¹⁰⁶ che ne impediscono un esercizio improprio, ora ispirate alla *ratione materiae*, ora per evitare scopi non conformi alla legge.

La normativa racchiusa nel d.lgs. 50/1992 prevedeva inoltre dei termini di decorrenza e d'esercizio diversi da quelli introdotti nel 1999: l'art. 6 del primo provvedimento differenziava tra fornitura di servizi e fornitura di beni e, a sua volta, nell'ambito della fornitura di beni, a seconda che il consumatore avesse, nel corso della negoziazione, preso visione o meno del bene acquistato. Quanto alla fornitura di servizi, il termine, pari a sette giorni lavorativi, iniziava a decorrere dalla data di sottoscrizione della nota d'ordine, ovvero dalla ricezione dell'informativa sul recesso. La stessa previsione valeva in caso di fornitura di beni qualora il consumatore avesse preso visione, all'atto della negoziazione, del bene acquistato. Diversamente, ove ciò non si fosse verificato, il termine d'esercizio avrebbe iniziato a decorrere dalla data di ricevimento della merce.

L'art. 5 del decreto sulle vendite a distanza ha invece adottato una soluzione più coerente, in grado di risolvere alcuni dei problemi interpretativi emersi anteriormente, ammettendo l'esercizio del recesso soltanto a partire da un momento in cui il contratto risulti perfezionato. La norma indica infatti nella data di conclusione del contratto, per forniture di servizi, e di ricevimento della merce, per forniture di beni, ovvero nell'atto di adempimento degli obblighi informativi rimasti inappagati, il momento dal quale decorre il termine d'esercizio del diritto di recesso, ampliato a dieci giorni lavorativi. La disposizione è stata poi riprodotta nell'art. 64 del Codice del consumo, affiancata dalla previsione del termine "ampio" pari a tre mesi affidata all'art. 65 c. 3 in ipotesi di inesatta o incompleta informativa. Proprio l'indicazione di un "periodo di ripensamento" più lungo, nella fattispecie, riflette l'intento di riconoscere una piena ed effettiva possibilità di meditazione dell'affare, supportata dalle informazioni che il prestatore è tenuto per legge a fornire, delle quali si intende pure assicurare l'utilità. La differenziazione tra le due ipotesi, attuata dal Codice del consumo mediante separata collocazione delle specifiche norme, enfatizza la ratio poc'anzi descritta. Peraltro la schematizzazione attuata dal d.lgs. 206/2005, quanto alla decorrenza del termine nel caso di fornitura di beni, non disperde le puntuali indicazioni offerte dalla normativa sulla negoziazione fuori dai locali commerciali, mantenendo in vita tali disposizioni, che danno risalto all'esame della merce quale discrimine per l'individuazione del *dies a quo*.¹⁰⁷

È dunque possibile ravvisare un certo grado di continuità tra le previsioni affidate ai decreti del 1992 e 1999, pur sussistendo un diverso fondamento nell'attribuzione del diritto di recesso: in primis, la rilevanza si concentra intorno al fatto che la negoziazione abbia luogo fuori dai locali

¹⁰⁶ Un'elencazione dei casi di esclusione è oggi contenuta nell'art. 55 c. 2 del Codice del consumo, ove fra l'altro vengono menzionate ipotesi piuttosto variegate: per esempio, quando l'esecuzione della fornitura di servizi è compiuta con il consenso del consumatore prima della scadenza del termine breve ordinario, ovvero quando la natura dei beni oggetto della vendita renda improcrastinabile l'esecuzione della prestazione. Nel merito anche la nota 105.

¹⁰⁷ Così spiega F. RICCI, (nt. 69), p. 344: «Anche in tale disciplina (riferendosi al d.lgs. 50/1992, *ndr*) l'elemento rilevante ai fini del riconoscimento del diritto di recesso è che l'acquirente si sia vincolato appunto «fuori dei locali commerciali», mentre la discriminante per la decorrenza del termine per il recesso non è la circostanza che la stipulazione sia compiuta *de praesentibus* o *inter absentes*, bensì che l'acquirente abbia potuto esaminare o meno la merce oggetto del contratto. [...] Queste considerazioni sono valide solo per la vendita di beni».

commerciali (ossia in un contesto negoziale atipico), in seguito si sposta sull'assenza di un vero e proprio confronto tra i contraenti¹⁰⁸ (elemento, comunque, già contemplato anche dal d.lgs. 50/1992 all'art. 9, a differenza della direttiva ispiratrice 85/577/CEE).

Recuperando l'approccio alla disciplina sostanziale del diritto di recesso, l'elemento che rileva come perno della regolamentazione adottata, quanto alla decorrenza del termine, non è solo l'adempimento degli obblighi informativi, ma anche e soprattutto la natura della prestazione.¹⁰⁹ La norma affidata all'art. 65 del Codice del consumo sottende quindi il riconoscimento di un diverso valore all'atto di esecuzione del contratto, prima dello spirare del termine d'esercizio del diritto di recesso. Ove il contratto concerna la prestazione di servizi, l'inizio dell'esecuzione preclude, salvo diverso accordo tra le parti, il diritto di recesso, ancorché non risulti spirato il relativo termine d'esercizio. Allorché invece il contratto riguardi la fornitura di beni, si deve concludere, anche sulla scorta delle considerazioni esposte in precedenza,¹¹⁰ che l'inizio dell'esecuzione non escluda l'esercizio del recesso, riferibile ad un termine che inizia a decorrere solo dal momento di consegna della merce.¹¹¹ Risulta allora di immediata evidenza la profonda divaricazione che intercorre fra la norma codificata dall'art. 1373 cod. civ. e la disciplina del recesso in sede consumeristica, ove si ammette che tale diritto possa essere esercitato anche in seguito all'esecuzione del contratto, contrariamente al disposto civilistico, di portata generale, che vuole azionabile tale diritto soltanto «*finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione*».

In conclusione, emerge come il legislatore abbia scientemente optato per sacrificare la certezza dei traffici giuridici e delle operazioni economiche al fine di ritagliare uno spazio di tutela a favore del contraente debole, del quale questi potrà trarre beneficio entro limiti spaziali e temporali tuttavia ben definiti. Non si può pertanto prescindere dall'inquadrare la rigorosa e articolata determinazione di condizioni e termini d'esercizio quale uno strumento finalizzato a rendere evidenti gli "ostacoli" che il compimento di un affare incontra nel suo percorso verso un definitivo consolidamento, rammentando sempre però che tali ostacoli costituiscono indiretta espressione di un intento protettivo che non ha saputo trovare altre forme e collocazioni, e che presenta, ancora oggi, in funzione della natura "statica" degli istituti che ne sono manifestazione, contrapposta alla dinamicità del progresso tecnologico, limiti di ben difficile soluzione, ove non si apprestino rimedi, anch'essi dotati della stessa dinamicità e di stretta correlazione con il progresso che si intende affrontare.

¹⁰⁸ Sottolinea questo inciso ancora A. M. MANCALEONI, (nt. 99): «Tale ultima direttiva [...] si fonda [...] sul presupposto dell'*assenza fisica del professionista*. Ciò è implicito nella stessa definizione di "tecnica di comunicazione a distanza" [...] quale tecnica che esclude "*la presenza fisica e simultanea del fornitore e del consumatore*"».

¹⁰⁹ G. DE MARZO, *I contratti a distanza. Commento al decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185*, Giuffrè, 1999, p. 27: «La distinzione si giustifica, in quanto, mentre i beni possono essere restituiti senza danneggiare il fornitore, nel caso di servizi forniti, il recesso sia accompagna sempre ad un pregiudizio per l'operatore commerciale. Per questa ragione l'esecuzione di un contratto avente ad oggetto servizi può avvenire, prima dello spirare del termine per l'esercizio dello *jus poenitendi*, esclusivamente con l'accordo del consumatore, solo in tal caso precludendo a quest'ultimo la possibilità di ripensamento».

¹¹⁰ G. DE MARZO, *ibidem*.

¹¹¹ F. RICCI, (nt. 69), p. 346.

IV. CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO, CLAUSOLE ABUSIVE E CLAUSOLE VESSATORIE

A. *Il rapporto tra la disciplina generale dei contratti e l'emersione di modelli speciali*

Dove la disciplina del commercio elettronico si mostra ancora oggi lacunosa è nella regolazione dei meccanismi specifici che danno luogo alla regolare conclusione di un contratto per via telematica, normalmente mediante la compilazione di un *form*. La fattispecie in parola è comunemente denominata “point and click”, e certamente costituisce la più diffusa forma di relazione interprivata. L’art. 1341 c. 2 cod. civ., rubricato “condizioni generali di contratto”, impone una specifica approvazione per iscritto delle clausole ivi tassativamente indicate, le cc. dd. clausole onerose, come vincolo per la loro efficacia. Trattasi in realtà di un’elencazione comunque generica, che raccoglie una serie di condizioni segnate dal comune denominatore dall’ “aggravamento della posizione contrattuale dell’aderente”.¹¹² Ad ogni modo, resta da accertare quale strumento possa soddisfare l’adempimento richiesto dalla norma nell’ambito in esame. Appurata infatti l’assenza di norme *ad hoc* previste dalla normativa di settore, non rimane che affacciare la disciplina codicistica e rilevarne i problematici risvolti applicativi.

La necessità di approvare per iscritto tali clausole, rende – di fatto – impossibile inserirle nel testo di una formula contrattuale pubblicata online, nel caso di contratto point and click, dove – ovviamente – il puntamento di un cursore sul video non può essere assimilato alla sottoscrizione richiesta per l’approvazione di una clausola vessatoria.¹¹³

La giurisprudenza sul punto non offre una casistica particolarmente ricca, sintomo forse della scarsa criticità sul piano concreto della questione. Giova però ricordare in proposito la pronuncia del Giudice di Pace di Partanna (sentenza n. 15/2002), rilevante per la declaratoria di nullità di una clausola onerosa non soggetta ad approvazione con alcuno degli strumenti che saranno a breve menzionati. Si trattava, nello specifico, di una clausola che stabiliva una deroga alla competenza dell’autorità giudiziaria. Nel caso di specie, il giudice, negando efficacia alla clausola, aveva altresì precisato che un doppio click di accettazione avrebbe integrato nella contrattazione telematica la doppia sottoscrizione imposta dalla norma civilistica. Pur sollevando perplessità in merito a quest’ultimo inciso, la pronuncia riconosce, qualificando il contratto concluso per via telematica come contratto per adesione, forza vincolante alla norma civilistica affidata all’art. 1341.

La questione sembrerebbe trovare rimedio nell’utilizzo della firma digitale o della firma elettronica; nondimeno, soprattutto anteriormente al recepimento della direttiva sulle firme elettroniche, si è ragionevolmente osservato come la necessità di allertare un ingenuo consumatore della presenza di clausole onerose da sottoscrivere tra le condizioni generali del contratto, stridrebbe con una conoscenza certamente non approssimativa delle tecnologie da

¹¹² V. ROPPO, (nt. 8), p. 907: «privandolo di diritti o poteri che egli avrebbe in base alla disciplina comune del rapporto contrattuale, oppure imponendogli obblighi o soggezioni che in base a quella disciplina egli non avrebbe. Esse realizzano il rischio tipico dei contratti standard: la prevaricazione dell’aderente, per effetto di una predisposizione unilaterale a tutto vantaggio del predisponente».

¹¹³ Così A. SIROTTI GAUDENZI, *Commercio elettronico e protezione del consumatore in internet*, in *Internet: profili giuridici e opportunità di mercato. Dall’e-commerce alle aste on line*, ed. A. LISI, Maggioli, 2002.

parte di quello, testimoniata dal possesso e dall'utilizzo di una firma digitale, assai raramente diffusa, almeno tra i privati, ancora allo stato attuale.¹¹⁴ La critica sembra destinata a dissolversi ove si assista ad una massificata diffusione della firma digitale o elettronica, allo stato attuale ancora marginale. Nell'attesa di un simile ed improbabile risultato, c'è da chiedersi se, come prospettato in dottrina,¹¹⁵ e come suggerito dalla sentenza in parola, un meccanismo di doppia sottoscrizione (tramite compilazione di moduli o pressione del *form* "accetto"), prima generale e poi specifica (riferita, cioè, a ciascuna clausola onerosa singolarmente considerata), risulti effettivamente idoneo a rendere vincolanti le clausole. Parrebbe deporre in senso positivo l'interpretazione in chiave "psicologica" della norma per cui la *ratio legis* corrisponderebbe alla realizzazione di una consapevole conoscenza del regolamento contrattuale. Se questo fosse lo scopo, forse anche la doppia approvazione sarebbe in grado di offrirne soddisfazione. Questa impostazione spinge ineludibilmente verso la prevalenza del dato sostanziale rispetto a quello formale, esito che finirebbe col confinare la rilevanza delle criticità sollevate dalla disposizione. Ma una risposta adeguata alla serietà del quesito non potrà che promanare quantomeno dall'osservazione della prassi: essa rivela la diffusione di tecniche dalla dubbia legittimità in materia, basate sulla necessità di un doppio click di accettazione, che, per come conformato, appare, nella maggioranza dei casi, insufficiente memento della presenza di clausole onerose.¹¹⁶ Non sembra, infatti, potersi ricavare una matura consapevolezza, tantomeno una sottoscrizione, del contenuto negoziale allorché si assista alla mera duplice pressione di un bottone virtuale. Doppia sottoscrizione che, peraltro, spesso si riduce ad univoca accettazione accompagnata, in calce alla pagina web, dall'indicazione della presenza di clausole onerose, cui l'aderente si impegnerebbe a vincolarsi.

Appare probabilmente più convincente allora, l'impostazione, controcorrente rispetto all'affermazione di nuovi strumenti quali la firma digitale o elettronica, che ritiene possibile adempiere la sottoscrizione specifica attraverso la compilazione manuale di un documento cartaceo successivamente inoltrato all'aderente. Per quanto una simile opinione risolva perlomeno alcune delle problematiche sovraesposte, non può costituire la migliore risposta che il legislatore al giorno d'oggi sia in grado di offrire in un contesto come quello della contrattazione per via telematica. Se la pretesa regolativa si rivolge verso un comparto che aspira ad acquisire valore autonomo, pur non discostandosi dalla disciplina generale dei contratti, è impensabile immaginare che i rimedi alle residue criticità operative si debbano rintracciare altrove. La risposta ora esaminata non può dunque che considerarsi come transitoria, e destinata ad essere presto superata da soluzioni più puntuali. Se così non fosse, ove non si riscontrasse nemmeno un significativo sviluppo delle firme elettroniche nella prassi, il problema rischierebbe di assumere confini più dilatati.

Al di fuori dell'alternativa sopraindicata (successiva sottoscrizione di moduli cartacei ovvero utilizzo di firma digitale o elettronica) altre soluzioni come la duplice accettazione, difficilmente

¹¹⁴ Rilievo promosso da A. DI AMATO, (nt. 14), p. 64.

¹¹⁵ In particolare la formazione del vincolo contrattuale in esito alla tecnica del "point and click" è riconosciuta da F. DELFINI, (nt. 28), pp. 68-69, sulla scorta di un duplice ordine di argomenti: da un lato la tipicità sociale della condotta «quale contegno che importa consapevolezza del passaggio dal piano della mera informazione [...] al piano dell'impegnatività giuridica», dall'altro la «idoneità ad impegnare del point and click nel caso del B2C può fondarsi sul principio che [...] pare emergere dal comma 4° dell'art. 1326 cod. civ. [...] nel senso che colui che prende l'iniziativa della conclusione del contratto tra assenti ha un [...] potere [...] di dettare, con efficacia vincolante, per il destinatario, la procedura per la conclusione del contratto».

¹¹⁶ Criticità simili sono espresse, per esempio, da L. MANNA, (nt. 36), p. 122.

potrebbero adempiere la formalità prevista dal 1341 c. 2, sicché ne deriverebbe l'inefficacia delle clausole prive di approvazione.¹¹⁷

Sarebbe tema degno d'approfondimento anche la qualificazione di quest'ultima inefficacia: limitando il discorso, occorre rendere conto del dibattito dottrinale in corso tra gli autori che, identificando nell'approvazione per iscritto una condizione di efficacia della clausola, ne escludono la partecipazione al contenuto contrattuale, e coloro che invece interpretano l'approvazione come requisito di forma *ad substantiam*, la cui violazione produce la nullità della clausola, rilevabile da chiunque interessato, anche d'ufficio.¹¹⁸

B. *La novella del Codice civile in materia di protezione dei consumatori*

Il recepimento della direttiva 1993/13/CE, relativa alle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, ha condotto nel nostro ordinamento la novella del Codice civile con l'introduzione degli artt. 1469-bis e seguenti. Giova sottolineare in primo luogo che la norma trova ambito applicativo differente, in specie i rapporti tra consumatore e professionista, rispetto all'anzidetto art. 1341, che invece concerne ogni contratto fra predisponente e aderente. Con una precisazione: la novella copre anche i contratti predisposti per un singolo affare con un singolo cliente¹¹⁹. Ne discende il completamento del quadro normativo di riferimento per quanto attiene la tutela del consumatore nell'e-commerce: si applicano tanto il 1341 che i 1469-bis e ss. del Codice, nonché le disposizioni contenute in leggi speciali che statuiscono obblighi informativi e diritti a beneficio del contraente debole.

Il Codice del consumo ha fatto poi proprie alcune di queste regole, riproducendole agli artt. 33 e ss.

Sono anzitutto vessatorie, secondo la definizione dell'art. 1469-bis, «*le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*». Il c. 3 dell'art. 1469-bis fornisce un'esautiva elencazione di clausole che, fino a prova contraria, si presumono vessatorie. Esse scontano una preventiva valutazione di sfavore ad opera del legislatore, sicché solo la prova contraria potrà vincere tale presunzione. Riferimento problematico è certamente l'art. 1469-ter, la cui lettura non può prescindere dalla norma appena citata: dettando i criteri che presidono l'accertamento della vessatorietà, il c. 4 esclude tale carattere per le clausole oggetto di trattativa individuale. Inoltre il c. 5 grava il professionista, nei contratti conclusi mediante sottoscrizione di moduli o formulari – quindi nei contratti per adesione – dell'onere di provare che le clausole siano state oggetto di trattativa con il consumatore.

Il nucleo problematico di questo disposto consiste nell'accertamento di una trattativa, normalmente assente in un contesto dove la volontà del consumatore si degrada a mera espressione di un non ulteriormente qualificato consenso. Se lo strumento tramite il quale le parti addiventano al vincolo contrattuale è la sottoscrizione di un *form* on-line ad opera del

¹¹⁷ Osserva G. CASSANO, (nt. 16), p. 297, a proposito della citata possibile interpretazione psicologica della norma: «A diversa conclusione è giunta, invece, quella parte della dottrina che [...] ha posto l'accento sulla ratio della specifica approvazione per iscritto imposta dal Codice in relazione alle clausole vessatorie, puntando l'indice sulla circostanza che l'aderente abbia concretamente preso conoscenza delle clausole stesse e che quindi, l'accettazione di tutto il contratto sia comunque da reputarsi cosciente e volontaria».

¹¹⁸ I termini del dibattito qui richiamati sono descritti con grande efficacia da R. QUADRI, (nt. 89), pp. 414-415, che evoca la distinzione tra «inefficacia in senso stretto» e «inefficacia in senso lato».

¹¹⁹ A differenza, come rileva V. ROPPO, (nt. 8), p. 912, dei contratti standard, «predisposti per regolare in modo uniforme una serie indefinita di rapporti contrattuali».

consumatore-aderente, non potrà che identificarsi con questo l'eventuale momento di negoziazione, idoneo a precludere la vessatorietà di una clausola. Risulta di assoluta evidenza come la sussistenza di un effettivo, pur ridotto, margine di trattativa, sia da escludere. L'effettività è stata indicata dai commentatori come uno dei caratteri essenziali e necessari ai fini del riconoscimento dell'esistenza stessa della trattativa. Dal momento che essa consiste nella "possibilità di esercitare la propria autonomia negoziale con il determinare l'introduzione di modifiche al testo contrattuale, anche se poi [il consumatore] non abbia inteso esercitare tale potere o vi abbia rinunciato",¹²⁰ non è certamente ravvisabile nell'atto di pressione con un click di un tasto virtuale. Anche in merito a questo punto, l'unica soluzione forse prospettabile come capace di sopire le principali difficoltà, almeno rispetto all'effettiva riconducibilità della volontà negoziale al contraente, pare potersi configurare con l'utilizzo della firma digitale, tecnica questa che risulterebbe comunque foriera di conseguenze dirompenti, quali il rallentamento dei traffici economici e il moltiplicarsi delle difficoltà legate alle descritte problematiche in tema probatorio che promanano dal precario quadro normativo dedicato alle firme elettroniche.¹²¹

¹²⁰ L. A. SCARANO, *Commento sub art. 1469-ter, 4° comma*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, ed. G. ALPA – S. PATTI, in *Commentario al codice civile* fondato da P. SCHLESINGER, Giuffrè, 2003, p. 983.

¹²¹ C. ROSSELLO, (nt. 36), p. 146.

V. ALCUNE CONCLUSIONI

A. *La protezione del consumatore nell'e-commerce fra stratificazione normativa, evoluzione tecnologica ed incremento dei traffici economici*

Ritengo opportuno ora, al termine di un percorso, privo di ogni pretesa d'esaustività, condotto attraverso i molteplici referenti normativi in materia di e-commerce, enucleare alcune considerazioni critiche, che potranno sì definire il punto di vista personale nell'analisi della materia ma altrettanto suggerirne un possibile inquadramento problematico.

Il primo dato che si è cercato di sottolineare può essere sintetizzato nella difficoltà del legislatore nell'approcciare un fenomeno empirico nuovo e nel regolarne i risvolti problematici. Questa osservazione non deve sorprendere, si è osservato, in quanto è immanente alla natura del diritto la sua inerenza rispetto a ciò che nella realtà già si manifesta. Lo si è metaforicamente descritto, non a caso, come un maratoneta, intento a rincorrere un progresso esponenziale con un ritmo che resta invece sempre costante. Lo sviluppo subito dalle tecnologie e l'avvento di internet, nell'ultimo decennio, hanno certamente contribuito a divaricare la forbice tra la realtà regolamentata e quella non regolamentata, generando un ritardo assai forte nella disciplina di fenomeni rilevanti.

A questa prima osservazione ne va correlata un'altra: l'emersione di realtà tecnologicamente sempre più avanzate ha posto e pone ancora oggi un problema di adeguatezza della normativa. Il percorso storico tratteggiato dalle origini della legislazione consumeristica sino alla più recente direttiva sul commercio elettronico, peraltro inframmezzato da una miriade di provvedimenti, più o meno specifici, manifesta la difficoltà ad offrire adeguato inquadramento ad una materia che, se per certi versi prescinde dalle tradizionali categorie giuridiche, per altri ne rimane ancorata. Non è casuale che alcuni autori si siano interrogati sulla legittimità della pretesa, tipica del diritto di internet, ad acquisire una collocazione autonoma.¹²²

L'analisi qui contenuta, conclusa la sintetica definizione del lacunoso panorama normativo dedicato all'e-commerce, si è poi concentrata sul tema specifico della protezione del consumatore. Tematica, questa, già meritevole delle attenzioni del legislatore in esperienze regolative diverse e pregresse, legate alle tradizionali categorie (la contrattualistica nell'ambito del diritto privato, per esempio). Una disciplina già di per sé esistente è stata così chiamata a confrontarsi con un fenomeno di crescente complessità, capace di mettere in crisi alcuni suoi principi e regole fondamentali. Sono stati individuati nel corso della trattazione gli strumenti principali predisposti dal legislatore a beneficio del consumatore, distinguendo tra obblighi informativi e diritto di recesso penitenziale. Per quanto il regolatore abbia dedicato più di una norma alla definizione delle informazioni necessarie alla conclusione del contratto, al fine di restringere il divario di potere contrattuale tra i contraenti, non pare che questa attenta

¹²² Fra gli altri, è noto il paragone formulato da F. EASTERBROOK tra il diritto di internet e il diritto dei cavalli, teso a negare valore alla pretesa di autonomia di quella branca del diritto: «Frank Easterbrook has argued that 'cyberlaws' are not at all different from laws in 'real space'. All that we need to do, he suggests, is to apply existing laws to cyberspace. Consequently, he questions whether cyberspace will challenge the existing legal systems. To study 'cyberlaws' he pronounces is thus as sensible as to study 'the law of the horses'. Neither will extend much our understanding of concepts and structures» (V. MAYER-SCHÖNBERGER, *The international Lawyer in Times of Cyberspace*, in *The Internationalization of the Practice of Law*, ed. J. I. DROLSHAMMER – M. PFEIFER, Kluwer Law International, 2001, p. 403).

enucleazione di obblighi gravanti sul fornitore risulti idonea ad assicurare un'effettiva tutela del consumatore. Certamente si previene l'effetto sorpresa e si assicura una maggiore trasparenza. Residua però più di una perplessità.

La previsione del diritto di recesso, variamente modulata a seconda di criteri predefiniti, è senz'altro attributiva di un rimedio, ma non offre alcuna soluzione al problema: utilizzando una metafora, si riconosce un'arma importante al consumatore quando invece sarebbe più opportuno evitare che questi debba combattere. Appare una scelta sbrigativa e incerta. Sbrigativa perché sembra più dettata dalla volontà di appagare le istanze consumeristiche¹²³ che volta ad offrire una tutela effettiva. Incerta in quanto non giova sicuramente alla certezza dei traffici giuridico-economici prevedere un periodo di ripensamento deputato all'elisione del vincolo contrattuale per ragioni che, talvolta, possono spingersi ad abbracciare perfino il capriccio del consumatore.

L'ultimo passaggio svolto ha assunto a proprio fine dimostrare la difficoltà di applicare istituti civilistici alla contrattazione telematica, a causa di prescrizioni che risultano, allo stato attuale, eccessivamente rigide¹²⁴. La regolazione contenuta nel Codice civile, di per sé attenta ad assicurare un'effettiva consapevolezza delle scelte negoziali condotte del consumatore, rischia di perdere la propria efficacia, che riesce sacrificata dall'applicazione rigorosa della lettera della norma. Si è in particolar modo presentato il paradosso, riscontrabile con riguardo al problema della sottoscrizione delle clausole onerose, per cui l'unico modo per assicurare efficacia alla disciplina codicistica applicata alla contrattazione on-line sarebbe ricorrere, in un contesto segnato dalla diffusione esponenziale di strumenti quali la firma digitale, alla documentazione cartacea. Proprio strumenti come la firma digitale, elettronica o il documento informatico, apparentemente molto innovativi, faticano a prendere piede, con l'esclusione di alcuni operatori professionali, nel quotidiano. Soltanto la loro diffusione a livello capillare potrebbe condurre a tacere problematiche tuttora irrisolte, se non attraverso soluzioni artefatte o forzose da una giurisprudenza che ha finora affacciato questioni di una portata modesta, destinate però ad ampliare la propria rilevanza in vista dei futuri sviluppi delle tecniche e delle tecnologie.

È dunque con la tecnologia che si combatte la tecnologia. L'uso di nuovi strumenti negoziali sconta le difficoltà, legate in specie alla loro dimensione immateriale, che nascono naturalmente dalla capacità innovativa di cui gli stessi sono portatori. Prima di introdurre nuovi strumenti, è però necessario valorizzare quelli attualmente in uso. Solo così, forse, si eviterà di incorrere in nuove, problematiche, criticità che invocano regolamentazione. Solo così, forse, potrà affermarsi

¹²³ L'espressione *istanze consumeristiche* sottende, evidentemente, una valutazione globalmente insoddisfacente circa il quadro normativo delineato dai provvedimenti esaminati e la sua efficacia al fine della tutela del consumatore. Con essa si intende significare la sussistenza di un divario tra la tutela effettiva e quella accordata dalle norme menzionate. Tale divario è apprezzabile nella misura in cui il quadro di protezione per il consumatore risulta da questi percepito come insufficiente, anche solo parzialmente, ad eliminare le diffidenze, le incertezze e gli ostacoli che esso incontra allorché intraprenda un'operazione di commercio elettronico. Una risposta concreta, in altri termini, è ancora *in fieri*, e spetterà al legislatore, una volta compresa la capacità del comune cittadino di sfruttare appieno le nuove tecnologie come strumenti negoziali, offrirla attraverso regole realmente pervasive e non più limitate ad un novero di strumenti rimediali.

¹²⁴ Solo attraverso un'interpretazione psicologica, capace di cogliere l'intenzione sottesa alla norma e alla sua creazione all'interno dell'ordinamento, è possibile risolvere alcune evidenti frizioni tra il dato formale e quello sostanziale, attribuendo prevalenza a quest'ultimo a discapito del significato letterale di una disposizione, come può accadere per l'art. 1341. È certo però che la rigidità testuale di alcune norme andrebbe adeguatamente temperata e attenuata attraverso un intervento diretto del legislatore, evitando che il problema venga di volta in volta risolto dall'interprete con soluzioni prive di efficacia *erga omnes* e suscettibili di contraddizioni interne.

una risposta sufficientemente pervasiva, esaustiva e convincente alle istanze di protezione avanzate dai consumatori.