

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE



DOTTORATO DI RICERCA

Innovazione e gestione delle risorse pubbliche

Curriculum: “Governare e relazioni internazionali”
Diritto privato (IUS/01) – XXX° Ciclo

“La tutela del consumatore nell’era digitale: profili applicativi nella società dei consumi”

Coordinatore:

Ch.mo Prof. Giovanni CERCHIA

Tutor:

Ch.ma Prof.ssa
Stefania GIOVA

Candidata:

Dott.ssa
Mariangela Ziccardi

Matr. 153800

ANNO ACCADEMICO 2016/2017

**La tutela del consumatore nell'era digitale: profili applicativi
nella società dei consumi**

INDICE

Capitolo 1: Il consumatore tra vecchie certezze e nuovi scenari

1. Introduzione al problema. La nozione di consumatore: il percorso evolutivo di una figura complessa.....	p. 5
1.1. La tutela del consumatore come individuo: l'affermazione del principio personalista.....	p. 10
2. Critica all'affermazione secondo la quale le regole del mercato sarebbero in contrasto con la tutela del consumatore in quanto persona.....	p. 14
2.1. <i>Segue</i> . Il mercato nel percorso normativo dell'Unione europea.....	p. 21
3. Critica alla considerazione del consumatore come <i>status</i>	p. 23
3.1. <i>Segue</i> . Il superamento della teoria del consumatore come contraente sempre debole.....	p. 26
4. La possibile debolezza dell'imprenditore: premessa.....	p. 30
4.1. L'abuso di dipendenza economica: tutela dell'imprenditore e affinità con la disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore.....	p. 37
5. La particolare figura del consumatore-debitore: il difficile bilanciamento tra posizioni contrapposte.....	p. 44

5.1. La disciplina del sovraindebitamento e il consumatore sovraindebitato: riflessioni a séguito dell'intervento chiarificatore della Suprema Corte.....p. 51

Capitolo 2: L'utente – consumatore telematico

1. Note introduttive sull'evoluzione della tutela del consumatore nella contrattazione telematica: dalla tutela del consumatore nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, ai contratti a distanza, al commercio elettronico, al consumatore telematico nella direttiva sui diritti dei consumatori.....p. 61

2. Gli obblighi informativi precontrattuali e l'introduzione della c.d. *Button solution*: un confronto tra Italia e Spagna.....p. 71

3. La responsabilità precontrattuale del professionista per violazione degli obblighi informativi.....p. 80

4. Breve *excursus* sulla genesi della responsabilità precontrattuale.....p. 84

5. La teoria della natura extracontrattuale della *culpa in contrahendo*: critica.....p. 87

5.1. *Segue*. La teoria della natura contrattuale.....p. 90

6. Il diritto di recesso nella nuova direttiva e le eccezioni in Italia e in Spagna.....p. 94

7. L'esecuzione delle vendite *online*.....p. 102

CAPITOLO 3: Risvolti applicativi dell'uso di Internet da parte del viaggiatore e del minore d'età

Parte I: La tutela del viaggiatore telematico

1. La tutela del viaggiatore telematico nella nuova direttiva sui pacchetti turistici acquistati su Internet: introduzione.....p. 104
2. I diritti del turista nel codice del turismo.....p. 108
3. Dal turista al «viaggiatore» nella direttiva sui pacchetti turistici: estensione dell'ambito di applicazione ai pacchetti combinati dal viaggiatore, obblighi di informazione a carico del professionista e responsabilità dell'organizzatore.....p. 116
4. Conclusioni.....p. 124

Parte II: Internet e minori di età

5. Internet e minori d'età: la dicotomia tra l'incapacità di contrarre del minore e la sua capacità di consumare.....p. 126
6. Il ruolo dei *social networks* nella società dei consumi: analisi di un fenomeno complesso.....p. 139
7. *Segue*: La tutela dei minori di età nei *social networks*.....p. 149

Conclusioni.....p. 159

Indice degli autori..... p. 163

Indice della giurisprudenza.....p. 177

Capitolo 1: Il consumatore tra vecchie certezze e nuovi scenari

SOMMARIO: 1. Introduzione al problema. La nozione di consumatore: il percorso evolutivo di una figura complessa. – 1.1. La tutela del consumatore come individuo: l’affermazione del principio personalista. – 2. Critica all’affermazione secondo la quale le regole del mercato sarebbero in contrasto con la tutela del consumatore in quanto persona. – 2.1. *Segue*. Il mercato nel percorso normativo dell’Unione europea. – 3. Critica alla considerazione del consumatore come *status*. – 3.1. *Segue*. Il superamento della teoria del consumatore come contraente sempre debole. – 4. La possibile debolezza dell’imprenditore: premessa. – 4.1. L’abuso di dipendenza economica: tutela dell’imprenditore e affinità con la disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore. – 5. La particolare figura del consumatore-debitore: il difficile bilanciamento tra posizioni contrapposte. – 5.1. La disciplina del sovraindebitamento e il consumatore sovraindebitato: riflessioni a séguito dell’intervento chiarificatore della Suprema Corte.

1. L’affermarsi di una specifica e sistematica tutela del consumatore in Italia ha richiesto molto tempo. Originariamente, l’unica protezione per il consumatore si trovava nel codice penale che puniva tutti quei

comportamenti fraudolenti di produttori e commercianti là dove il prodotto non avesse le qualità essenziali o presentasse dei vizi¹.

Il termine “consumatore” è entrato nel vocabolario giuridico nella Relazione al Re al codice civile *sub* art. 2597 in materia di monopolio legale² ove si legge che l’obbligo di contrarre a carico del monopolista legale è stato imposto «a difesa del consumatore come necessario temperamento della soppressione della concorrenza»³.

In dottrina, sull’uso del termine “consumatore” vi è traccia nelle discussioni avviate dopo l’introduzione del codice civile, soprattutto ad opera di Tullio Ascarelli, in materia di concorrenza sleale, il quale ha osservato che «il fatto che il vocabolo sia stato utilizzato in relazione ad una delle norme sulla disciplina della concorrenza rivela che [già] i compilatori del codice avvertivano il legame esistente tra

¹ Art. 995 codice penale Zanardelli (1889): «Chiunque nell’esercizio del proprio commercio, inganna il compratore, consegnandogli una cosa per un’altra, ovvero una cosa, per origine, qualità o quantità, diversa da quella dichiarata o pattuita, è punito con la reclusione sino a sei mesi o con la multa da lire cinquanta a tremila».

² Art. 2597 c.c.: Obbligo di contrattare nel caso di monopolio: «Chi esercita un’impresa in condizione di monopolio legale ha l’obbligo di contrattare con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell’impresa, osservando la parità di trattamento».

³ Relazione al Re, n. 1046.

tutela della concorrenza e tutela del consumatore, concependo quest'ultimo come soggetto contrapposto all'impresa stessa»⁴.

Nel tempo sono state fornite una serie di definizioni non sempre univoche del termine⁵, frutto di correnti sociologiche ed economiche e, quindi, difficilmente inquadrabili in schemi di natura giuridica⁶.

Il codice civile del 1942 è stato il primo ad introdurre in Europa una disciplina sui c.dd. contratti per adesione, ossia quei contratti posti in

⁴ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 935 ss., osserva che il ruolo che assume l'impresa in genere, e quella agricola in particolare, nel campo economico sociale, impone un'idonea tutela degli interessi pubblici e privati che entrano in gioco. Questa tutela in particolare deve riguardare sia l'interno dell'impresa, provvedendo alla tutela dei lavoratori, sia l'esterno, e cioè, deve riferirsi al consumatore e non soltanto all'imprenditore.

In altri termini, secondo l'a. «posto che la base dell'azienda agricola è costituita dal fondo, e che quindi l'attività produttiva di interesse sociale a cui è predisposta l'organizzazione aziendale, nonché l'impresa, si trova, in ultima analisi, ancorata al diritto di proprietà, che gode di una sua ampia e tradizionale tutela, si rende anzitutto necessario (e a questa esigenza, in vario modo va ottemperando la legislazione recente) armonizzare la tutela della proprietà con quella del lavoro, in modo da costituire il migliore equilibrio possibile tra gli interessi in conflitto nell'interno dell'impresa, e da soddisfare le istanze sociali del nostro tempo, legate al fenomeno del lavoro. Si devono, inoltre, disciplinare le imprese in modo che non pregiudichino l'interesse dei consumatori, perché codeste unità sempre più chiuse, potrebbero divenire strumenti di sfruttamento egoistico dell'intera collettività, se la preoccupazione del legislatore fosse quella di tutelare il profitto dell'imprenditore e il compenso del lavoratore, senza contemperarli con le esigenze dei consumatori».

⁵ Cfr. G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2002, p. 35 ss. secondo il quale l'originaria nozione di "consumatore" «non ha contenuti certi né confini sicuri» proprio a causa della sua genesi (sociologica ed economica e quindi non giuridica) connotata da estrema vaghezza.

⁶ Non manca chi ritiene che il termine "consumatore" per la sua genericità tende ad assumere un significato neutrale e quindi di fatto inutilizzabile e «pericoloso». Criticamente sul punto v. C.M. MAZZONI, *Contro una falsa categoria: i consumatori*, in *Giur. comm.*, 1976, p. 60 ss.

essere da una sola delle parti contraenti, cui l'altra parte può accettare o rifiutare di aderire. Questa disciplina, contenuta negli artt. 1341 e 1342 c.c., mirava a rispondere al fenomeno grandemente diffuso della contrattazione standardizzata. Le condizioni generali di contratto, infatti, consentivano di porre in essere regolamenti contrattuali uguali per tutti, permettendo così, mediante una veloce e facile conclusione del contratto, di trasferire sui consumatori gli oneri e i rischi dell'operazione contrattuale e di riunire in un unico foro gli eventuali procedimenti giudiziari.

Con l'affermarsi della società dei consumi, però, la pratica si estese a tutta l'attività di distribuzione di prodotti e servizi di massa e cominciò ad essere messa in evidenza l'iniquità di una prassi negoziale che non consentiva di incidere sul contenuto del contratto. Per far fronte a tale problema, il codice civile stabilì che l'efficacia delle condizioni generali predisposte da uno solo dei contraenti venisse subordinata alla possibilità di conoscerle da parte dell'aderente «usando l'ordinaria diligenza».

I principali strumenti di tutela del consumatore erano previsti, pertanto, nelle norme generali del codice civile sul contratto, con particolare riferimento agli artt. 1341 e 1342 c.c. La tutela offerta da

tali disposizioni si risolve nella c.d. “doppia sottoscrizione” delle clausole vessatorie (clausole che producono uno squilibrio contrattuale a danno dei consumatori), senza tuttavia assicurargli la concreta conoscibilità delle stesse. Soltanto successivamente si è avvertita la necessità di affiancare a questa tutela *formale*, di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c., una tutela di tipo *sostanziale*, proprio allo scopo di garantire una maggiore protezione del consumatore.

Obiettivo raggiunto molti anni dopo grazie all’intervento dell’Unione europea, con l. 6 febbraio 1996 n. 52, che si è però semplicemente aggiunta alla previgente normativa, senza modificarla. La disciplina dapprima è stata inserita nel capo XIV *bis* del titolo II, libro IV c.c. e successivamente è confluita nel c.d. codice del consumo (d.lg. 6 ottobre 2005, n. 206).

Attualmente la c.d. “doppia sottoscrizione”, come è stato giustamente osservato «è sí necessaria, ma non sufficiente, nel senso che se dovesse mancare si avrà l’inefficacia ai sensi dell’art. 1341 c.c., se invece, sussiste, potrà aversi comunque la nullità della clausola ai sensi degli artt. 33 ss. c. cons.»⁷.

⁷ Sul punto, *amplius* E. GUERINONI, *I contratti del consumatore: principi e regole*, Torino, 2011, p. 59.

1.1. Con il passare degli anni, il legislatore ha inteso garantire una sempre maggiore protezione al consumatore tutte le volte in cui è intervenuto in settori dei rapporti commerciali tra loro separati.

Sicuramente un grande impulso è stato dato dalla legislazione europea, che ha contribuito ad inquadrare – (non sempre in maniera univoca) – la figura del consumatore e a predisporre idonei strumenti di tutela, resi operativi anche nel sistema italiano con gli opportuni adattamenti. Sin dal preambolo del Trattato che istituisce la Comunità economica europea viene annoverato tra gli obiettivi fondamentali della Comunità «il miglioramento costante delle condizioni di vita e di occupazione dei popoli che ne fanno parte». Nell'art. 2 viene precisato che il compito della Comunità è quello di «promuovere uno sviluppo armonioso delle attività economiche, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita». L'art. 39 fa espresso riferimento ai consumatori; in particolare, dopo aver stabilito tra le finalità della politica agricola comune la garanzia della sicurezza degli approvvigionamenti e la stabilizzazione dei mercati, pone quale

obiettivo della Comunità quello «di assicurare prezzi ragionevoli nelle consegne ai consumatori».

Ancora, l'art. 85 par. 3 sulle regole di concorrenza stabilisce che l'autorizzazione di alcuni accordi tra imprese è subordinata alla condizione «che una congrua parte dell'utile che ne deriva sia riservata agli utenti», mentre l'art. 86 include tra le pratiche abusive quelle consistenti nella «limitazione della produzione, degli sbocchi o dello sviluppo tecnico a danno dei consumatori».

Un decisivo passo in avanti viene compiuto nella Risoluzione del Consiglio del 14 aprile 1975 riguardante un programma preliminare della CEE per una politica di protezione e di informazione del consumatore, occasione questa nella quale viene rilevato che «attualmente il consumatore non è piú considerato come compratore di beni e di servizi per il proprio uso personale, familiare o collettivo, ma come individuo interessato a vari aspetti della vita sociale che possono direttamente o indirettamente danneggiarlo come consumatore».

In altre parole, in ambito comunitario a partire dagli anni '70 si incomincia a considerare il consumatore non soltanto come un soggetto parte fondamentale del mercato unitamente all'imprenditore,

ma primariamente come persona e che quindi deve essere tutelato in quanto tale.

Questa potrebbe apparire una novità assoluta nel panorama giuridico ma, se si sposta l'attenzione sull'ordinamento italiano, la tutela del consumatore in quanto persona è stata già prevista dalla nostra Costituzione del 1948, e quindi molto prima degli interventi comunitari. Il ruolo centrale che la Costituzione attribuisce alla persona, infatti, investe anche la figura del consumatore: la qualità di consumatore rappresenta soltanto un particolare aspetto di una realtà nella quale non si possono semplicemente classificare gli individui in produttori e consumatori, perché questi sono anzitutto uomini. E sebbene la Costituzione non contenga un richiamo esplicito alla sua tutela, sarebbe errato ritenere che di fatto essa non lo faccia⁸.

⁸ Così L. MEZZASOMA, *Consumatore e Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 313, il quale evidenzia anche che in un'ottica comparatistica, appare utile rilevare che nella Costituzione colombiana all'art. 78 vi è un espresso richiamo alla tutela del consumatore e anche in quella spagnola all'art. 51 viene introdotta una disposizione che sancisce la necessità di garantire una protezione forte ai consumatori.

All'art. 51, commi 1 e 2 infatti, si legge che «i poteri pubblici garantiranno la difesa dei consumatori e degli utenti, tutelando con mezzi efficaci la sicurezza, la salute e i legittimi interessi dei medesimi.

I poteri pubblici promuoveranno l'informazione e l'educazione dei consumatori e utenti, ne incoraggeranno le organizzazioni e le ascolteranno nelle questioni che interessano i suddetti, in conformità con quanto stabilito dalla legge».

Anche nella l. n. 281 del 30 luglio 1998 sui diritti dei consumatori e utenti (abrogata) e nel successivo codice del consumo (d.lg. 6 settembre 2005, n. 206), sono stati previsti una serie di diritti (ritenuti una sorta di *bill of rights* del consumatore)⁹ che, in realtà, erano già espressamente tutelati dalla Costituzione e che quindi, come è stato prontamente osservato dalla dottrina, impropriamente venivano riproposti in una legge ordinaria, «come se le leggi costituzionali non potessero avere applicazione diretta ma solo programmatica»¹⁰. Così

⁹ Nell'esperienza americana, il 15 marzo 1962, ad opera del Presidente J. F. Kennedy venne redatto il c.d. *Consumer Bill of Rights*, mediante il quale vennero sanciti i cinque diritti fondamentali del consumatore e cioè: 1) il diritto alla salute; 2) il diritto alla sicurezza dei prodotti; 3) il diritto ad essere informati; 4) il diritto ad essere ascoltato su tutti i problemi concernenti i prodotti e i servizi; 5) il diritto di scelta, di avere cioè la possibilità di selezionare il prodotto o il servizio a prezzi competitivi.

¹⁰ Sull'importanza di garantire immediata efficacia diretta e precettiva alle disposizioni della Costituzione P. PERLINGIERI, *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, p. 405 ss., secondo il quale «il diritto positivo non si esaurisce nella legge, né nel passaggio dalla legge al diritto ma si realizza in uno Stato moderno, nel rispetto del principio di legalità. Tale principio si concretizza nel rispetto non soltanto della legge ma anche dei principi scritti e non scritti, presenti ed aventi rilevanza normativa all'interno dell'ordinamento giuridico. [...] È necessario muovere dalla corretta ricostruzione delle fonti legittime secondo il loro grado e la loro priorità, ricostruire l'immenso potenziale normativo e ricercare i parametri di giudizio e valori preminenti normativamente rilevanti secondo il ragionamento guidato dal costituzionalismo contemporaneo [...].

Laddove in un ordinamento complesso viene distinto il profilo costituzionale da quello ordinario riservando al primo l'assiologia e al secondo la razionalità si va a riprodurre una dicotomia tra diritto assiologico di rango costituzionale e diritto nazionale di rango ordinario che non appare utile per esprimere i contenuti del vigente ordinamento. [...] La gerarchia delle fonti si riflette sulla gerarchia dei valori nel senso che i valori costituzionali prevalgono su quelli legali proprio perché posta da fonte costituzionale. Il diritto non è soltanto la legge ma anche la cultura e l'insieme dei principi».

Così si esprime anche A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche: il concetto del diritto*, Milano, 2008, p. 397, il quale sostiene che «il diritto fa parte

ad esempio, l'art. 2, comma 2, del codice del consumo riconosce al consumatore una serie di diritti «fondamentali» tra i quali quello alla salute, che in realtà è già diritto della persona negli artt. 32 e 2 della Costituzione.

Ancora, la l. 281 del 1998 tra i diritti fondamentali dei consumatori menzionava il diritto alla «promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti» (art. 2, comma 2, lett. f, c. cons.). Se analizzato attentamente, si tratta di una ripetizione di quanto previsto dalla Costituzione *ex art.* 18 che sancisce la libertà di associarsi quale diritto fondamentale di ciascun individuo e quindi anche del consumatore.

2. La tutela del consumatore, però, non può prescindere dal richiamo al mercato inteso «quale istituzione economica e giuridica ad un tempo, statuto normativo ispirato al primato della politica sull'economia»¹¹; luogo nel quale l'autoregolamentazione, la

dell'insieme dei valori spirituali delle società umane, ed è a questo titolo un fenomeno culturale».

¹¹ A. SEN, *Mercato e morale*, in *Bibl. lib.*, 1986, p. 22, ritiene che sia necessaria una reciproca integrazione tra economia e etica: l'*homo oeconomicus*, e cioè l'uomo che nelle sue scelte persegue unicamente l'interesse privato, non coincide

determinazione dei prezzi e dei comportamenti sono necessariamente completati da prescrizioni di natura eteronoma atte a realizzare un assetto di interessi positivamente valutabile per tutti i protagonisti del mercato e quindi «non soltanto i “mercanti”, ma anche i consumatori»¹².

Le stesse norme a tutela del consumatore hanno, infatti, una doppia valenza: da un lato, sono strumenti che cooperano con le disposizioni della Costituzione allo sviluppo della persona-consumatore, dall'altro, operano come strumenti di regolamentazione del mercato affinché lo stesso sia funzionale alla tutela della persona¹³.

Come è stato osservato, la lettura della Costituzione, soprattutto nella parte concernente i rapporti economici, coordinata con il diritto

con l'uomo reale il quale agisce perseguendo altre finalità rispetto a quelle strettamente economiche, adottando un atteggiamento cooperativo e non sempre conflittuale con i diversi agenti economici, al fine di interagire in un sistema che tende verso l'equilibrio.

¹² A. SEN, *Mercato e morale*, cit., p. 22.

¹³ Come osservato, soltanto l'analisi del caso concreto e la posizione dei contraenti saranno di aiuto per individuare la normativa da applicare, attraverso una particolare attenzione verso il bilanciamento degli interessi e dei valori coinvolti in un mercato «costretto a realizzarsi senza abusivi profittamenti e a identificarsi con un equo statuto normativo», così P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, pp. 570-571, ora in ID., *Il nuovo diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 3 ss. Sul contenuto e le finalità dell'«equo statuto normativo», più dettagliatamente P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss.

europeo, offre una disciplina piú incisiva verso il mercato e la protezione dei consumatori¹⁴.

Questa tendenza è ancora piú evidente nel Trattato di Lisbona che ha finalmente qualificato il mercato quale “statuto normativo”, fatto di norme non solo economiche¹⁵. Da qui l’affermazione del principio personalista che subordina le regole economiche ai valori della persona anche a livello europeo¹⁶.

¹⁴ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006, p. 515, il quale sottolinea che «la funzione del mercato si ricava dagli stessi valori che intrinsecamente vincolano la libertà economica, legittimandola come potere di rilevanza costituzionale». Analogamente, G. OPPO, *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, IV, p. 421 ss. il quale considera il mercato non soltanto un luogo di scambi, di produzione e lavoro, ma «luogo di conciliazione di interessi» in nome dell’utilità sociale.

¹⁵ Secondo P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra normative di settore e codice del consumo*, in G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA, V. RIZZO (a cura di), *Il diritto dei consumi: realtà e prospettive*, Napoli, 2008, p. 11 ss. «è bene da un lato riconoscere al mercato, cioè alla produzione e al consumo, una effettiva centralità nel sistema – cessando l’attività d’impresa, cesserebbe anche la produzione –, dall’altro ribadire che tutto ciò che in tale contesto attiene ad un momento economico [...] ha comunque una propria *ratio* di natura personalista ed esistenziale da privilegiare rispetto alle *rationes* speculative delle operazioni finanziarie».

¹⁶ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto privato europeo tra riduzionismo economico e dignità della persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 345 ss. L’a. non condivide l’idea dell’assoluta preminenza del diritto comunitario su quello interno così come sostenuto da L. MARI, *Le fonti*, in C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, p. 108, secondo il quale «l’ordinamento comunitario deve coesistere con l’ordinamento interno in un rapporto che consente al primo di raggiungere le proprie finalità», il che equivarrebbe a dire che l’ordinamento interno non deve «frapporre nessun tipo di ostacolo alla loro attuazione», barriera che sarebbe costituita da qualsiasi fonte normativa, finanche quella costituzionale del Paese membro.

Al contrario, secondo P. Perlingieri, l’assoluta prevalenza delle norme di provenienza europea risulta essere smentita dal continuo richiamo, sia dei trattati

Di fatto, il diritto europeo non può essere inteso come «un corpo di regole che stia a sé, sospeso al di sopra dei diritti nazionali», altrimenti si parlerebbe di «fonti europee dei diritti nazionali, e del diritto europeo solo per espressione riassuntiva dei diritti nazionali uniformi»¹⁷.

Al contrario, come osservato, la tecnica prevalente è rappresentata «dall'unificazione del diritto di fonte comunitaria che mantiene l'individualità delle norme armonizzate modificandole soltanto nella misura necessaria al conseguimento di un risultato sostanzialmente eguale»¹⁸.

comunitari, anche più recenti, sia della Corte costituzionale, al doveroso rispetto delle identità nazionali, e quindi dei valori espressione dei patti costituzionali, che impongono un controllo costante di conformità.

¹⁷ In tal senso, N. IRTI, *Il metodo*, in *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, pp. 57-61, secondo il quale il diritto europeo «è diritto di uno “spazio senza frontiere interne”, di uno spazio in cui dominano i “principi di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza”; [...] lo spazio europeo creato affinché vi si svolga ed espanda “un’economia di mercato”: dunque, non una qualsiasi economia, ma un’economia fondata sulla proprietà privata dei mezzi di produzione e sulla tutela giuridica del profitto. La volontà fondativi dell’Unione è la volontà, che sceglie e persegue questi scopi e perciò rifiuta ed esclude altri scopi».

¹⁸ L. MENGONI, *L’Europa dei codici o un codice per l’Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 518 s., che aggiunge: «nella dialettica tra le molteplicità degli ordinamenti nazionali e l’unità mai definitivamente determinabile, la scienza giuridica costruisce l’ordito sul quale si va intessendo l’inevitabile incontro». Così anche G. ALPA, *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, in *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2006, p. 253 il quale osserva che «l’armonizzazione implica avvicinamento, coordinamento, ma non sovrapposizione, né identità».

Per V. SCALISI, *Invalità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 467 «la diversità nella quale trovano espressione le tradizioni e l’identità culturali dei singoli diritti nazionali è

Inoltre, la centralità che assume il principio personalista, e quindi la tutela del consumatore come persona, non fa venir meno l'importanza del mercato che, però, si colloca ad un livello inferiore rispetto a quello della tutela della persona che vede la prevalenza della categoria dell'*essere* sulla categoria dell'*avere*¹⁹.

Anche il mercato viene preso in considerazione dalla Costituzione come un luogo all'interno del quale si realizza la persona.

Ora, se questa è la funzione, è chiaro che la disciplina della sua organizzazione deve essere strutturata in modo tale da permettere uno sviluppo equilibrato della persona, o meglio, delle persone che vi operano.

È pur vero che oggi il mercato risulta essere notevolmente articolato; *l'homo oeconomicus* ormai non ha più una sola sede ma una pluralità di sedi sparse dappertutto, come ad esempio le società multinazionali. Sono le multinazionali ad imporre la *lex mercatoria*,

anch'essa fattore propulsivo e di crescita del processo di integrazione giuridica europea, che ha senso solo se procedente dal basso e cioè dalla valorizzazione dei differenti sistemi, purché ovviamente ai fini della fissazione di un quadro uniforme di principi ordinanti e in vista del perseguimento di comuni obiettivi strategici [...] Che d'altra parte l'unità può costruirsi solo nel rispetto della diversità».

¹⁹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 165 ss.

luogo, cioè, caratterizzato dalla preminenza di logiche prettamente lucrative che mortificano i diritti e le aspettative degli individui²⁰.

È necessario piuttosto provvedere alla regolamentazione del mercato nazionale e mondiale al fine di impedire che la logica del profitto, connotata dalla prevalenza del più forte con esclusione dal mercato del più debole, possa provocare un danno notevole per i consumatori.

Nonostante la Costituzione all'art. 41 affermi il principio della libertà di iniziativa economica pubblica e privata, al contempo individua i limiti entro i quali questa libertà concessa agli operatori economici deve esercitarsi.

Il comma 2, art. 41 cost., infatti, chiarisce quello che rappresenta il limite positivo entro il quale deve indirizzarsi ogni atto di autonomia privata, limite costituito dall'utilità sociale, «la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica

²⁰ P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 1995, III, p. 101, ed ora in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 3 ss., secondo il quale la *lex mercatoria* e la *prassi* sono «nemici dell'innovazione». Non è corretto, sottolinea l'a. valutare un contratto meritevole di tutela soltanto perché conforme alla prassi del diritto internazionale. È al contrario auspicabile rifarsi alle categorie della nostra cultura giuridica rivisitandole e adeguandole alle nuove esigenze; diversamente F. GALGANO, *Lex mercatoria*, 5^a ed., Bologna, 2010, p. 12 ss. il quale concepisce la *lex mercatoria* come la chiave principale per comprendere l'attuale realtà giuridico-economica, creata dal ceto imprenditoriale e destinata a reggere l'intero mercato mondiale.

e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali». Questo comporta che appaiono del tutto legittimi quegli interventi normativi finalizzati a restringere la libertà di iniziativa economica privata «per il raggiungimento di scopi assiologicamente più elevati»²¹.

L'intera normativa a tutela del consumatore assume tale funzione, perché imponendo dei limiti all'autonomia negoziale del professionista – che trae legittimazione proprio nel principio di libertà di iniziativa economica (art. 41 cost.) – la restringe al fine di indirizzarla verso uno scopo socialmente utile.

Essa ha anche l'obiettivo di limitare la libertà concessa ai professionisti, imponendo agli stessi degli oneri di comportamento particolarmente rilevanti.

Le norme a protezione del consumatore assumono, dunque, una funzione di regolamentazione del mercato, si pensi alle disposizioni che impongono oneri informativi a carico del professionista, allo scopo di rendere il consumatore consapevole e in grado di scegliere sia da un punto di vista economico che qualitativo.

²¹ P. PERLINGIERI e M. MARINARO, Sub Art. 41, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Commento alla Costituzione*, 2^a ed., Napoli, 2001, p. 284 ss.

In tal senso il consumatore non subisce il mercato, ma diventa uno dei protagonisti principali perché sceglie consapevolmente; egli diventa, quindi, uno strumento di regolamentazione del mercato e di riequilibrio dello stesso, proprio in considerazione del fatto che l'applicazione del principio di libertà di iniziativa economica rappresenta un mezzo per realizzare interessi essenziali che prescindono dall'aspetto economico del mercato²².

2.1. Anche in ambito europeo il mercato ha seguito un percorso evolutivo particolarmente significativo, a partire dal Trattato di Roma del 1957 istitutivo del mercato comune europeo con il quale venivano aboliti tutti i limiti alla circolazione delle merci, persone, servizi e capitali all'interno della Comunità, con conseguenze importanti sul piano della tutela dei consumatori. Tale Trattato, ispirato ad una logica prettamente mercantile, volto a tutelare i produttori, prendeva in considerazione il consumatore tutelandolo solo indirettamente, attraverso idonee garanzie di funzionamento della libera concorrenza. In particolare, le uniche disposizioni inerenti il consumatore erano

²² Cfr. sul punto, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 319 e F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, IV, 1, Napoli, 2008, p. 186 ss.

previste dalle norme sulla concorrenza tra le imprese (artt. 85 e 86) e dall'art. 39 che definisce gli obiettivi della politica agricola comune (PAC), tra i quali viene menzionato l'obiettivo di garantire la sicurezza e gli approvvigionamenti alimentari nonché di assicurare prezzi «ragionevoli» nelle consegne ai consumatori (c.d. *food security*).

Successivamente, dal Trattato di Roma si è passati all'Atto unico europeo del 1986 e poi al Trattato di Maastricht del 1992, particolarmente significativi per la tutela del consumatore.

Già nel 1972 infatti, il Consiglio europeo propone di adottare azioni a difesa dei cittadini, nella loro veste di consumatori.

Bisogna tuttavia aspettare il Trattato di Amsterdam del 1997 (entrato in vigore il 1° maggio 1999) con il quale si è avuto un importante impulso per la tutela del consumatore.

Di fatto, alla centralità del mercato propria degli anni precedenti si passa all'obiettivo prioritario dell'unione politica europea. In particolare, subentra gradualmente il richiamo ai diritti fondamentali del cittadino e alle regole sociali; non si tende alla semplice soddisfazione del profitto ma si fa riferimento alla socialità e allo

«sviluppo sostenibile», con la conseguenza che il mercato diventa uno strumento per la realizzazione anche degli interessi dei consumatori e dei cittadini in generale²³.

3. L'importanza di tutelare il consumatore primariamente come persona non deve indurre a pensare di volerne costruire una categoria unitaria, una sorta di *status* di consumatore, al pari degli *status* di persona e di cittadino.

Infatti, mentre gli *status* di persona e di cittadino hanno un valore assoluto, ciò non vale per il consumatore, in quanto «la condizione di

²³ Art. 153 Tratt. Amsterdam: «la Comunità al fine di promuovere gli interessi dei consumatori e di assicurare un livello elevato di protezione, contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori, nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi. Nella definizione e nell'attuazione di altre politiche e attività comunitarie sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori».

Sull'importanza del necessario connubio tra le regole del mercato e i valori su cui si fonda la nostra Repubblica vedasi P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, cit., p. 104 il quale critica l'impostazione mercatoria del diritto a favore di una concezione del mercato che tiene conto della socialità e della solidarietà.

L'A. osserva infatti che «una concezione contrattualistica o pancontrattualistica dei consumi non realizza la tutela dei soggetti deboli, si che accanto ad un'impostazione mercatoria del diritto vi deve essere una prospettiva di depatrimonializzazione dei rapporti privati.

Il consumatore non è categoria che possa avere autonoma rilevanza e dunque non si può avere una società fondata esclusivamente sui consumi».

Il mercato non ha solo le “sue” regole e questo è confermato dall'art. 41 cost. che al secondo e al terzo comma parla di utilità sociale e di rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana.

consumatore è legata alle circostanze concrete ed alle effettive modalità di contrattazione»²⁴.

Proprio per la sua natura, il consumatore non può essere caratterizzato dall'immodificabilità della situazione giuridica di appartenenza, ma occorre valorizzare le particolarità del caso concreto al fine di individuare la disciplina applicabile²⁵.

²⁴ P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, Rende, 2004, p. 13; v. anche ID., *I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. Aspetti giuridici e sociologici*, (2000), in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 76: «i diritti dei consumatori vengono esercitati solo da chi consuma, da chi fa parte del mercato ed è tutelato in quanto acquirente di un bene o di un servizio che il mercato gli offre, da una precisa normativa; ben diversi sono i diritti umani, i quali attengono alla esistenza della persona, alla stessa essenza della persona. Diversi sono inoltre i diritti dei cittadini, inerenti allo *status civitatis*, cioè alla appartenenza del soggetto ad una *civitas*, ad uno Stato, come ad esempio il diritto al voto. A prescindere da questo *status*, spettano i diritti umani».

²⁵ Sull'impossibilità di ridurre l'interpretazione giuridica all'analisi del linguaggio, valorizzando invece il ruolo fondamentale dei fatti, già E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, II, Milano, 1955, p. 797 s. ma analogamente P. PERLINGIERI, *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, p. 89 ss. che con molta chiarezza diffida da quella che tradizionalmente viene definita "interpretazione dottrinale" e cioè quell'interpretazione che ha per oggetto il sistema dei principi e delle regole senza entrare in contatto con la realtà costituita dai fatti storici.

L'a. sottolinea che «nonostante la similitudine delle definizioni e la costante della nomenclatura, le *figurae iuris* assumono, nel contesto generale, significati diversi. [...] Indispensabile piuttosto si rivela il riesame della nozione alla luce del giudizio di meritevolezza dei singoli atti e dell'attività complessiva posti in essere sí da dedurre la loro vincolatività giuridica e da individuare, tenendo conto del ruolo dei soggetti concreti, l'oggetto, l'ambiente storico-sociale, la gerarchia degli interessi e dei valori, la sfera consentita di effettiva autoregolamentazione». Il fatto e la norma diventano quindi parti di una complessa realtà sociale e il giurista è chiamato a passare dal particolare al particolare, avendo sempre come punto di riferimento i valori giuridici su cui si basa la convivenza degli individui. Secondo l'a. «[...] la riflessione del giurista ha come oggetto i fatti nella loro giuridica rilevanza, non già le parole che tali fatti astrattamente prevedono e descrivono,

Eppure un tentativo di creare uno *status* di consumatore è stato fatto dalla già dalla l. n. 281 del 1998 sui diritti dei consumatori, la cui *ratio* era quella di creare uno *status* per rispondere all'esigenza di introdurre una sorta di *bill of rights* del consumatore²⁶.

Questo tentativo fu subito criticato dalla dottrina *in primis* perché i diritti riconosciuti al consumatore erano già tutelati dalla Costituzione e, quindi, venivano semplicemente riproposti in una legge ordinaria, in secondo luogo, perché il consumatore è una posizione contrattuale da individuare e accertare di volta in volta: il soggetto, infatti, ora è consumatore, ora è in condizione di dipendenza economica o tecnologica (come ad esempio nel contratto di subfornitura) e quindi è un soggetto ugualmente da tutelare²⁷.

quasi che, ciò che non è scritto o descritto non esista per il giurista». *Contra* N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1974, p. 129 secondo il quale «anche le parole sono espressioni di un fare qual è il parlare, in quanto non sarebbe il parlare oggetto della riflessione giuridica, ma il risultato del parlare».

²⁶ Tale legge dal punto di vista della tecnica normativa articolava la tutela del consumatore su diversi livelli: il livello definitorio della nozione di consumatore e di associazione di consumatori, il livello dei diritti fondamentali dei consumatori, il livello istituzionale riguardante il ruolo delle associazioni, il livello rappresentativo degli interessi dei consumatori e infine, il livello finanziario attraverso la previsione di finanziamenti e agevolazioni alle organizzazioni dei consumatori. Per gli ulteriori approfondimenti si rimanda a G. ALPA, *Consumatore*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., III*, Torino, 1998, p. 542 ss. e ID., *La legge sui diritti dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 997 ss.

²⁷ Come osservato da autorevole dottrina infatti, «le innegabili potenzialità espansive della normativa a tutela del consumatore [...] impongono un'attenta analisi ermeneutica degli interessi sottesi alle diverse discipline di protezione» e che «altro è il consumatore nel mercato finanziario, dove vi sono particolari

3.1 Quando si discorre di tutela del consumatore è ampiamente diffusa la concezione secondo la quale il consumatore è un soggetto debole e, in quanto tale, bisognoso di protezione.

Se si prende in considerazione il rapporto tra professionista e consumatore, la debolezza – quale condizione soggettiva riferibile a quest’ultimo – si concretizza nel *deficit* di potere contrattuale, condizione per così dire fisiologica dalla quale nasce la necessità, avvertita dal legislatore, di proteggere la parte debole (il consumatore) e arginare i poteri della parte forte (il professionista)²⁸.

Il consumatore è debole perché “non sa” e questa inconsapevolezza investe la natura del bene o del servizio da acquistare, il contenuto del regolamento contrattuale che lo vincolerà previo consenso e, infine, le modalità con cui esprimerà la sua volontà di concludere il contratto,

garanzie e al quale alcuni soggetti non possono neanche accedere, altro è il consumatore nel mercato immobiliare», P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit. p. 511. Sul rapporto tra consumatore e professionista occorre rilevare che l’“equilibrio” tra le due posizioni non necessita di una equivalenza delle prestazioni, bensì un equilibrio che, prescindendo dalle valutazioni di mercato relative ad un bene, tenga in considerazione gli interessi non patrimoniali dei due soggetti. Cfr., P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 348 ss., ora in ID, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 3 ss.

²⁸ In realtà le espressioni “contraente forte” e “contraente debole” non trovano un riscontro normativo, a differenza delle espressioni “professionista” e “consumatore” che hanno un preciso riferimento normativo nel codice del consumo.

«perché il debole non controlla i procedimenti di formazione del contratto, la cui tecnica è scelta, attuata ed in definitiva dominata dal professionista»²⁹.

Di fronte a questa asimmetria il legislatore prevede per il consumatore rimedi e tecniche di protezione tali non tanto da eliminare la debolezza, quanto piuttosto diretti ad attenuarne gli effetti, restituendo al debole quella libertà di scelta, di reazione a quelle clausole imposte dalla parte forte che rappresentano i corollari necessari affinché il mercato possa funzionare in maniera corretta.

Il consumatore, in altri termini, risulta essere in grado di esercitare anche successivamente quella libertà di scelta che inizialmente non ha potuto esercitare, che è proprio il senso del recesso di pentimento e delle nullità anche relative previste dalla disciplina dei contratti dei consumatori. In tal senso, l'obiettivo delle norme a tutela del consumatore non è quello di porre rimedio ai vizi del consenso – che rappresentano patologie curabili con la disciplina del contratto in generale – bensì quello di «porre riparo a storture del mercato, o suoi

²⁹ Così A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 374.

– pur fisiologici – fallimenti»³⁰. Se infatti il mercato, fallendo, costruisce un contratto squilibrato a danno del consumatore, la legge interviene per eliminare o ridurre questo squilibrio mediante l'utilizzo di rimedi preventivi (obblighi di forma, contenuto, di informazione e di trasparenza) ovvero mediante rimedi successivi (recesso di pentimento, recesso ordinario, nullità di protezione).

Bisogna tuttavia rilevare che questa debolezza “fisiologica” che connota il rapporto tra consumatore e professionista è solo un aspetto della realtà. Il consumatore non è sempre debole, neppure economicamente e questo perché si può essere protagonisti del mercato in veste di produttori in un settore e di consumatori in un altro.

Da ciò ne consegue che quella di consumatore è una nozione connotata da un'ambiguità così evidente da non poterne costruire una categoria unitaria.

³⁰ Osserva V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul “terzo contratto”)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 106: «Considero patologiche le asimmetrie di potere contrattuale [...] determinate da fattori che, ancorché di natura oggettiva, esplicano la loro rilevanza nel momento in cui incidono sulla sfera soggettiva del contraente (sulla quale si riflettono in modi individualizzati e non standardizzati): come i vizi della volontà, che trovano rimedio nell'annullamento; o gli stati di pericolo o di bisogno, che aprono al rimedio della rescissione. Considero invece “fisiologiche” le asimmetrie di potere contrattuale risultanti – in termini non individualizzati, ma piuttosto standardizzati per intere classi di contraenti – dalle obiettive posizioni di mercato occupate dall'una e rispettivamente dall'altra parte del contratto».

Appare, invece, piú corretto inserire la tematica che lo riguarda nel quadro del sistema; in particolare, un sistema che miri alla realizzazione di un bene o di un valore meritevole di tutela anche alla luce della Costituzione³¹.

Sull'impossibilità di inquadrare il consumatore in termini di *status* e sull'idea secondo la quale la posizione del consumatore non è sempre debole, ma mutevole in base alle circostanze del caso concreto anche la Corte di giustizia è intervenuta sostenendo che «la nozione di “consumatore” [...] deve essere interpretata restrittivamente, facendo riferimento alla posizione di tale persona in un contratto determinato, in relazione alla natura e alle finalità di quest'ultimo, e non alla situazione soggettiva di tale persona, dato che la stessa persona può essere considerata un consumatore nell'ambito di talune operazioni ed un operatore economico nell'ambito di altre»³².

Ne discende che la condizione di debolezza è un concetto mutevole e relativo e che quindi non si possono applicare le norme consumeristiche solo a quel soggetto che, avendo le caratteristiche definite dal legislatore, è qualificabile come consumatore.

³¹ Così P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, cit. p. 99.

³² Corte giust., 20 gennaio 2005, c. 464/01, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 1135.

Bisogna perciò fare riferimento all'effettiva posizione del contraente e non alla definizione data a priori, secondo un'ottica che prenda in considerazione le esigenze da tutelare nel singolo caso concreto.

Ancora, il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 cost. impone anche che non bisogna trattare in maniera diversa situazioni che sono simili, con la conseguenza che un'interpretazione rigida della definizione di consumatore comporta l'impossibilità di estendere la disciplina consumeristica a tutti quei soggetti che risultino comunque a lui equiparabili.

In altri termini, appare opportuno garantire tutela non al consumatore in quanto tale ma a tutti quei soggetti che, in concreto, siano meritevoli di protezione in ragione dell'effettiva sproporzione contrattuale esistente tra le parti contraenti³³.

4. A conferma dell'importanza del caso concreto, il legislatore ha correttamente individuato situazioni di debolezza anche nel rapporto tra due professionisti/imprenditori (B2B – *Business to Business*), nel

³³ Sul punto più ampiamente v. L. MEZZASOMA, *Consumatore e Costituzione*, cit., p. 322.

quale uno dei due possa trovarsi in una posizione di asimmetria di potere contrattuale, equiparabile, anche se non integralmente, a quella che caratterizza i rapporti tra professionista e consumatore (*Business to Consumer*)³⁴.

L'imprenditore debole certamente non può trovarsi in una situazione di asimmetria informativa uguale a quella in cui può imbattersi il consumatore, perché di fatto è a conoscenza delle informazioni utili ai fini di una scelta consapevole, in quanto contratta nell'esercizio della sua attività professionale³⁵. Egli presuntivamente sa e, quindi, è in grado di scegliere consapevolmente; al contrario, il consumatore presuntivamente non sa e quindi non è in grado di scegliere liberamente.

³⁴ Ciò conferma che lo stato di debolezza non è ancorato a *status*, ma «è sempre relativo e va verificato in relazione al caso concreto», P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra normative di settore e codice del consumo*, cit. p. 15. Cfr. anche V. ROPPO, *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 717 ss. il quale già a partire dagli anni '70 constatava che anche i piccoli imprenditori, anche se non rientranti nella categoria di consumatore, potrebbero trovarsi in una situazione di debolezza contrattuale tale essere legittimati ad ottenere un'adeguata protezione. L'a. sosteneva infatti che negare a tali soggetti «una tutela cui hanno titolo, significherebbe il prevalere della fedeltà dogmatica ed una astratta identificazione rispetto ad una astratta identificazione rispetto ad una realistica considerazione di concreti bisogni e di interessi meritevoli di essere tutelati»; concordemente D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996, p. 71 la quale, dopo aver palesato la difficoltà di inquadrare con esattezza la figura del consumatore, sostiene che bisogna prescindere dalle classificazioni dogmatiche e collegare la figura del consumatore ai rapporti concreti.

³⁵ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, p. 89 ss.

Accade, però, che in determinate circostanze l'imprenditore, nonostante la simmetria informativa, non sia in grado di contrattare liberamente con una controparte pur soggettivamente uguale, in quanto la sua posizione nel mercato appare "perdente" a confronto con quella dell'altra parte, a tal punto da renderlo debole.

L'imprenditore, quindi, anche se in possesso di tutte le informazioni utili per essere pienamente consapevole, non è in grado di opporsi alla controparte che, abusando della sua forza sul mercato, gli impone un contratto non equilibrato, stabilisce unilateralmente il regolamento, esercita diritti in modo non corretto a danno della controparte, puntando proprio sull'incapacità dell'imprenditore debole di opporre resistenza.

Si tratta di un'asimmetria particolare in cui gioca un ruolo fondamentale la componente economica: tale diversità emerge da un confronto tra le posizioni che rivestono le due parti nel contesto economico, dal quale chi risulta debole non è in grado di difendere i propri interessi e manifestare una volontà contrattuale libera dal condizionamento economico.

Si viene così a creare una distorsione di tipo strutturale che assomiglia alla posizione del consumatore nei confronti del professionista.

La fattispecie più significativa in cui emerge la debolezza dell'imprenditore è rappresentata dal contratto di subfornitura (disciplinato dalla l. 18 giugno 1998, n. 192)³⁶.

In particolare, attraverso la disciplina sulla subfornitura, il legislatore ha voluto proteggere un imprenditore che, pur essendo tale, viene ad imbattersi in una condizione di debolezza economica nei confronti di un altro imprenditore.

Si tratta di una normativa che mira dunque a proteggere un contraente debole che non è consumatore e la cui *ratio* è quella di tutelare il subfornitore in presenza di un committente che abusi della sua posizione, attraverso strumenti simili a quelli previsti per la protezione dei consumatori.

³⁶ Art. 1, l. n. 192 del 1998: «Con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna ad effettuare per conto di un'impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente».

A differenza della debolezza che caratterizza il rapporto tra professionista e consumatore, la debolezza dell'imprenditore si ha in presenza di una sua dipendenza economica e, quindi, non soltanto un'asimmetria informativa, rispetto ad un altro imprenditore.

Per dipendenza economica si intende infatti «la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi»³⁷.

Dal tenore della norma emerge che il legislatore non detta una definizione di dipendenza economica, ma la identifica in maniera indiretta mediante l'individuazione del potere che ad essa si contrappone³⁸. Da questa dipendenza nasce uno squilibrio contrattuale, da valutare caso per caso, analogamente a quanto accade nei contratti dei consumatori³⁹.

Occorre tuttavia precisare che il legislatore non ha inteso reprimere la dipendenza economica in sé, considerato che è del tutto fisiologica

³⁷ Art. 9, comma 1, l. n. 192 del 1998.

³⁸ G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, p. 77; *contra* A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in V. CUFFARO (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998, p. 327.

³⁹ «La qualità di imprenditore debole è contingente, momentanea, occasionale e relativa», così E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, in G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA, V. RIZZO (a cura di), *Il diritto dei consumi. Realtà e prospettive*, Napoli, 2008, p. 81.

la circostanza che in un mercato si confrontino imprenditori forti e imprenditori deboli. Quello che il legislatore vieta è l'abuso dello stato di dipendenza economica nel quale si trovi un'impresa, cliente o fornitrice, rispetto ad una o più altre imprese anche in posizione non dominante sul mercato (art. 9, l. n. 192 del 1998, nel testo modificato dalla l. n. 57 del 2001). In altri termini, si vuole punire quell'abuso dello stato di dipendenza in cui si trova l'impresa debole, tale da produrre un vantaggio eccessivo e non ragionevole a favore dell'impresa forte⁴⁰.

Come si approfondirà nella successiva trattazione, l'art. 9 della l. n. 192 del 1998 appare richiamare la disciplina dei contratti dei consumatori: l'abuso di dipendenza economica si concretizza nell'imposizione di clausole da cui scaturisca «un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi» come nell'ipotesi, enunciata dalla norma, in cui

⁴⁰ La *ratio* è quella di evitare abusi e garantire rapporti equi; la finalità della norma è dunque quella «di impedire la prevaricazione della parte forte su quella debole» (S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, in R. FAVALE e B. MARUCCI (a cura di), *Studi in memoria di V.E. Cantelmo*, Napoli, 2003, p. 269 ss. V. anche P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 348 ss., secondo il quale la tutela apprestata dalla legge sulla subfornitura si giustificerebbe soltanto in presenza di un disequilibrio tra le parti tale da «conferire ragionevolezza ad un *proporzionale* intervento riequilibrativo dell'ordinamento». Sul criterio della «ragionevolezza» intesa come proporzionalità «qualitativa nel bilanciamento tra interessi non soltanto patrimoniali» e sulla «proporzionalità» in senso quantitativo, come «strumento di controllo dell'autonomia privata» v. sempre P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, ivi, p. 349.

vengano imposte «condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie»⁴¹.

Sono altresí segni di abuso i «rifiuti di vendere o di comprare» o «l'interruzione arbitraria delle relazioni contrattuali in atto», che hanno come conseguenza quella di estromettere dal mercato il contraente debole.

Appare però opportuno sottolineare che l'abuso di dipendenza economica va riscontrato sulla base di un giudizio di ragionevolezza che faccia risaltare lo squilibrio e il suo carattere eccessivo⁴².

Il legislatore a tal fine, infatti, precisa che per verificare l'esistenza dell'abuso è necessario «tenere conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative sufficienti⁴³».

⁴¹ Art. 9, comma 2, l. n. 192 del 1998.

⁴² Osserva F. LAZZARELLI, *Dipendenza tecnologica e dipendenza economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 121 che la legge sulla subfornitura mira a tutelare l'impresa che non è in grado di «incidere sulla determinazione del contenuto negoziale»; analogamente A. PALMIERI, *La minorità tecnologica quale presupposto essenziale per l'applicazione degli strumenti di protezione previsti dalla legge sulla subfornitura*, in *Foro it.*, 2000, I, c. 626, secondo il quale «le ragioni di tutela del contraente piú debole, individuato dalla legge nel subfornitore, costituiscono la *ratio* portante dell'intero impianto normativo della l. 192/98».

⁴³ Art. 9, comma 1, l. n. 192 del 1998.

Quindi, il potere di determinare un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi e la concreta assenza di alternative soddisfacenti, sono i criteri che la legge attribuisce all'interprete per verificare l'esistenza di una dipendenza economica.

La sanzione comminata dal legislatore, come si vedrà nel prosieguo, è la nullità del patto o della clausola eccessivamente squilibrata, ovvero il risarcimento del danno, nel caso in cui l'abuso si sia sostanziato in un comportamento negoziale.

4.1. Il divieto di abuso di dipendenza economica, *ex art. 9, l. n. 192 del 1998*, ha portata generale e, cioè, riguarda qualsiasi contratto stipulato da un'impresa in stato di dipendenza economica nei confronti di un'altra impresa cliente o fornitrice.

La sua applicazione, in ossequio al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 cost., è estesa a tutte le ipotesi nelle quali una parte versi in uno stato di debolezza pur non essendo imprenditore, proprio perché lo scopo della norma è quello di tutelare l'impresa che risulta essere parte debole del contratto.

Tale constatazione a ben vedere non è nuova, essendo stata già proposta con riferimento alla tutela prevista nei contratti del consumatore, facendone coerentemente scaturire l'esigenza di un'applicazione estensiva ovvero analogica al contraente debole non consumatore.

La norma esprime, quindi, un principio di carattere generale volto ad affermare che nei contratti tra le imprese non è consentito alla parte con maggiore forza contrattuale di imporre all'altra un regolamento contrattuale iniquo.

A tal proposito, appare immediatamente evidente una similarità con la protezione prevista per il consumatore contro le clausole abusive predisposte dal professionista, stabilendosi in entrambi i casi dei limiti all'autonomia privata della parte contrattuale forte a protezione di quella debole, che la disciplina sulle clausole abusive individua nel consumatore.

Le due normative condividono non solo la stessa *ratio* ma anche il contenuto delle disposizioni più importanti⁴⁴.

⁴⁴ L'*eadem ratio* delle due normative si traduce non tanto nella loro affinità con il fatto concreto, quanto piuttosto «nell'identità degli interessi da tutelare», che giustifica l'operatività delle tutele *ex l. n. 192 del 1998* anche nei contratti tra professionista e consumatore, così P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit.,

Da un lato infatti, nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista, l'art. 33, comma 1, c. cons. considera vessatoria la clausola che determina a carico del consumatore «un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto», dall'altro, l'art. 9 della legge sulla subfornitura considera dipendenza economica la posizione che consente ad un'impresa di determinare nei rapporti commerciali con un'altra, «un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi» che, *ex art. 9, comma 2*, può sostanziarsi anche «nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustamente gravose o discriminatorie».

p. 551. Per tutti E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, cit., p. 843, il quale asserisce che nell'analogia *legis* è necessario verificare la «congruenza di *ratio*», per rendere «efficace il mutamento giuridico stabilito per il fatto analogo».

Propende per una “ragionevole” estensione della normativa sulla subfornitura anche al consumatore nei suoi rapporti con il professionista F. LAZZARELLI, *Dipendenza tecnologica e dipendenza economica*, cit., pp. 140-141, la quale sottolinea l'importanza di un'interpretazione che al di là del «contesto verbale», prenda in considerazione l'unitarietà del sistema, la «ragion d'essere» delle norme e sia orientata primariamente all'«attuazione dei principi e dei valori assiologici». Sulla nozione di “contesto verbale” v. N. IRTI, *Testo e contesto*, Padova, 1996, p. 2 secondo il quale si intende un insieme di «relazioni grammaticali sintattiche semantiche, che si svolgono *oltre* la parola, ma *entro* il testo». Sulla “ragion d'essere delle norme”, cfr. N. BOBBIO, *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1968, p. 600. Sulla necessità di un'interpretazione “orientata all'attuazione dei principi e dei valori assiologici”, P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 3 ss.: «la norma richiede un interprete ragionevole, che sappia seguire il modello per la propria fattispecie, non un interprete che sia un imitatore servile della norma; tanto più che, sovente, la normativa da applicare è frutto di collegamenti tra più disposizioni, là dove non si saprebbe se discorrere di precisa disposizione oppure di *analogia legis* o ancora di *analogia iuris*».

Come è stato coerentemente osservato, se le norme intendono perseguire le stesse finalità attraverso meccanismi tecnici uguali, l'utilizzazione delle regole e dei principi espressi dalla disciplina dei contratti del consumatore per comprendere la portata del divieto di abuso di dipendenza economica appare «non semplicemente opportuna, ma imposta dall'esigenza di rispetto del fondamentale canone ermeneutico che postula la coerente unitarietà dell'ordinamento»⁴⁵.

Tale approccio metodologico consente di affermare che la nullità scaturente dall'abuso di dipendenza economica può riguardare l'intero contratto ovvero la singola clausola che appaia squilibrata, specularmente a quanto accade nei contratti del consumatore per la clausola vessatoria, considerata nulla nei confronti del consumatore (c.d. nullità di protezione)⁴⁶.

⁴⁵ F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 644. Sulla necessaria sistematicità dell'attività interpretativa, v. per tutti, P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, l'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, ivi, 1985, p. 990 ss., secondo il quale «“capire” la norma non è, non può essere, il risultato dell'esegesi puramente letterale, ma l'individuazione della sua logica e della sua giustificazione assiologica; e questo è impossibile senza alzare lo sguardo verso il resto dell'ordinamento e dei principi che lo sorreggono».

⁴⁶ Art. 36 c. cons.: «le clausole considerate vessatorie ai sensi degli artt. 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto»; parimenti, l'art. 9 della legge sulla subfornitura parla non di nullità del contratto ma di nullità del «patto»

Emerge quindi chiaramente che tra la tutela prevista per il consumatore e il divieto di abuso di dipendenza economica ci sono diverse similitudini, tali da consentire una considerazione unitaria delle due situazioni.

Eppure è necessario sottolineare che tra le due discipline vi sono anche delle significative differenze; in particolare, le norme riguardanti i contratti del consumatore non si applicano alle clausole oggetto di trattativa individuale (art. 34, comma 4, c. cons.), al contrario, l'abuso di dipendenza economica si estende ad ogni forma di negoziazione, standardizzata o meno. Le due normative inoltre differiscono maggiormente per la natura dello squilibrio contrattuale che giustifica i rimedi correttivi predisposti dalle due discipline. Più nel dettaglio, nella disciplina dei contratti del consumatore, l'art. 34, comma 2, c. cons. stabilisce che «la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile», circoscrivendo cioè la rilevanza dello squilibrio contrattuale all'interno dell'aspetto giuridico o normativo.

con il quale si realizza l'abuso. Sul punto, per gli ulteriori approfondimenti cfr. A MAZZIOTTI DI CELSO, in G. ALPA e A. CLARIZIA (a cura di), *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192*, Milano, 1999, p. 256.

Come è stato osservato, l'esclusione dell'oggetto del contratto e dell'adeguatezza del corrispettivo di beni e servizi dal giudizio di vessatorietà appare trovare una idonea spiegazione nel particolare carattere del rimedio previsto a tutela del consumatore.

Difatti, la conservazione del contratto a fronte della nullità della clausola vessatoria (art. 34, comma 2, c. cons.) può configurarsi solo se la clausola non riguardi un elemento essenziale, quale l'oggetto o il prezzo del bene o del servizio, salvo la previsione di meccanismi di integrazione legale o giudiziale⁴⁷.

Per quanto concerne l'introduzione del divieto di abuso di dipendenza economica operato dalla legge sulla subfornitura, occorre sottolineare che l'introduzione di tale divieto riguarda non solo lo squilibrio dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto, ma anche l'eccessiva disparità economica delle prestazioni imposta alla parte debole.

A sostegno di quanto appena affermato, l'art. 9, comma 1, "consiglia" di valutare la situazione di dipendenza economica tenendo in considerazione anche «la reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti».

⁴⁷ F. PROSPERI, *Subfornitura industriale*, cit., p., 647.

L'esplicito riferimento al mercato comporta che la verifica dell'esistenza di valide alternative può essere operata utilizzando esclusivamente criteri economici.

L'attinenza dell'abuso di dipendenza economica al contenuto del contratto, inoltre è confermata dall'art. 9, comma 2 nella parte in cui viene stabilito che l'abuso può anche consistere «nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie», considerato che il termine “gravoso” fa riferimento al peso economico delle prestazioni contrattuali e cioè alla loro onerosità.

Infine, da un'attenta analisi delle due discipline per quanto riguarda gli interessi protetti, è possibile notare che l'art. 9 l. n. 192 del 1998 a differenza dell'art. 33 c. cons., non mira a tutelare gli interessi del solo contraente debole, dal momento che anche se attraverso la mediazione del particolare interesse del singolo imprenditore a non subire abusi, persegue l'ulteriore finalità di tutelare la funzionalità e la stabilità del mercato⁴⁸.

Quanto appena affermato emerge chiaramente nell'ultima parte del comma 1 dell'art. 9 secondo la quale «la dipendenza economica è

⁴⁸ In tal senso R. QUADRI, «Nullità» e tutela del «contraente debole», in *Contr. impr.*, 2001, p. 1183.

valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti».

In conclusione, per accertare la concreta esistenza di una dipendenza economica, una parte della giurisprudenza non ritiene necessario che l'eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi sia effettivo, ritenendo invece sufficiente la sua potenzialità⁴⁹.

5. Oltre alle ipotesi di debolezza in cui uno dei due contraenti necessariamente si viene a trovare, il legislatore, in considerazione delle attuali modalità di funzionamento del mercato, caratterizzate dalla produzione e contrattazione di massa, è intervenuto con normative *ad hoc* finalizzate ad assicurare ai contraenti una sostanziale parità per bilanciare le posizioni in cui vengono a trovarsi.

Le nuove prassi commerciali che si sono affermate hanno condotto infatti alla proliferazione di contrattazioni nelle quali vi è un evidente

⁴⁹ Trib. Parma, 15 ottobre 2008, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 77. Il carattere puramente potenziale dello squilibrio è evidenziato anche dalla dottrina sulla scorta dell'espressione «sia in grado di determinare» che richiederebbe solamente un giudizio prognostico e non la concreta ricorrenza di un eccessivo squilibrio. Sul punto v. G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 18. In tal modo, proprio il passaggio da una situazione potenziale ad una attuale denoterebbe il passaggio dallo stato di dipendenza economica all'abuso della dipendenza stessa, così R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 118.

disequilibrio tra la posizione del professionista che impone ad un numero di soggetti contratti per lui vantaggiosi, e quella del consumatore. Questo disequilibrio ha dato impulso alla nascita di una considerevole normativa di settore che negli anni si sta sempre più arricchendo.

Il mercato attuale, infatti, caratterizzato dalla libera concorrenza che comporta la nascita di molteplici interessi spesso tra loro contrapposti, ha reso necessaria una “rivisitazione” della disciplina contrattuale.

Si è osservato quindi che l’esigenza di garantire protezione al contraente debole (professionista o consumatore) e quella di assicurare un equilibrio sostanziale tra le parti hanno condotto ad un’incisiva rivisitazione del diritto dei contratti, con conseguente compressione dell’autonomia contrattuale⁵⁰. Rinunciare a comprimere l’autonomia negoziale, che si sostanzierebbe nella creazione di spazi di libertà concessa agli individui nel determinare il contenuto dei propri atti,

⁵⁰ P. PERLINGIERI, *Relazione di sintesi* al Convegno di San Marino, 17 e 18 novembre 2000, in L. FERRONI, (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002, p. 169, il quale sottolinea che la compressione del principio di autonomia contrattuale e la perdita del suo carattere dogmatico ha come conseguenza l’impossibilità di considerarlo come valore in sé. Sulla necessaria revisione del ruolo e della funzione tradizionalmente assegnati alla nozione di autonomia privata, a fronte della crescente normativa a tutela di categorie di soggetti ritenuti socialmente deboli, L. MEZZASOMA, *Novità del diritto contrattuale in Italia e tutela del contraente debole*, in *Corti ombre*, 2014, p. 919 ss., ma anche P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 334 secondo il quale «l’autonomia negoziale, contrattuale, non è un dogma, né un valore in sé»

«significa infatti agevolare l'approfittamento di un contraente nei confronti dell'altro, a pregiudizio della *ratio* sottesa all'emanazione delle norme di protezione»⁵¹.

Si è pertanto cercato di rimediare alle situazioni di disequilibrio mediante l'applicazione diretta del principio di eguaglianza *ex art. 3* cost.

Di conseguenza, la forza di legge del contratto⁵² si è sempre più attenuata di fronte alla moltiplicazione delle ipotesi di recesso a favore del consumatore e alle tradizionali forme di invalidità si sono aggiunte le nullità di protezione, a metà strada tra nullità radicale ed annullabilità⁵³.

⁵¹ Così L. MEZZASOMA, *La tutela del sovraindebitato quale contraente debole*, in E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA, S. POLIDORI (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017, p. 1255.

⁵² Sul dibattito relativo all'autonomia contrattuale, cfr. F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., *passim*; R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, p. 28 ss.; A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI e A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008, p. 4 ss.

⁵³ Sui principi di adeguatezza ed efficienza dei rimedi, v. P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 10 ss.

Di fondamentale importanza per l'equilibrio del regolamento contrattuale è poi il principio della trasparenza definito come «una delle “idee forti” dell'epoca contemporanea»⁵⁴.

In questa prospettiva, autorevole dottrina riferendosi alle tecniche di protezione del consumatore e agli adeguamenti normativi opportuni per assicurare allo stesso livelli di protezione più elevati, ha rilevato che «in ogni caso le due forme di controllo, quella sulla trasparenza e quella contenutistica, dovrebbero tra loro armonizzarsi e se è da assegnare il giusto peso ad un controllo sulla “trasparenza” che il legislatore continua a considerare come uno dei filoni da percorrere, è da evitare poi che un sovradimensionamento o un certo impiego di esso possa comportare un ridimensionamento o addirittura un impedimento all'operare del controllo contenutistico contro quella che sembra essere stata la scelta privilegiata del legislatore»⁵⁵.

Inoltre, in riferimento all'importanza della trasparenza nell'ordinamento giuridico e ai rimedi previsti in caso di sua violazione è stato evidenziato che «emerge anche con chiarezza che se la immediata e palese esigenza di protezione presente in queste leggi è

⁵⁴ Cfr. V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore» (La novella al codice civile)*, Napoli, 2002, rist., p. 16.

⁵⁵ V. RIZZO, *La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO (a cura di), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2013, p. 57.

rivolta piú direttamente a tutelare il contraente considerato debole, queste normative perseguono indirettamente e contestualmente l'obiettivo di realizzare un mercato corretto e trasparente garantendone l'efficacia, l'efficienza, l'integrità e realizzando nel contempo non soltanto interessi individuali ma anche interessi generali»⁵⁶.

Ma ancora, questa esigenza di protezione incide profondamente anche sul diritto delle obbligazioni⁵⁷.

In effetti, il consumatore non potrebbe mai uscire dalla sua posizione debitoria se si considera la responsabilità del debitore con tutti i suoi beni presenti e futuri.

Il riferimento è all'art. 2740, comma 1, c.c. che risponde all'esigenza di assoggettare l'intero patrimonio del debitore agli interessi del creditore, il c.d. principio dell'universalità della garanzia patrimoniale⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. V. RIZZO, *Itinerario e nuove vicende della trasparenza (con particolare riguardo ai contratti del consumatore)*, in *Corti ombre*, 2016, p. 96 ss.

⁵⁷ Questa attenta riflessione è di L. MEZZASOMA, *La tutela del sovraindebitato quale contraente debole*, cit., p. 1258.

⁵⁸ L'art. 2740, comma 1, c.c. recepisce il contenuto degli artt. 2092 *code Napoleon* e 1948 del c.c. del 1865, limitandosi dunque a riaffermare semplicemente il principio dell'universalità della responsabilità patrimoniale. Come sostenuto in dottrina, la responsabilità patrimoniale rappresenta nell'ambito del nostro codice civile «un veicolo generale di tutela delle aspettative del

Va però precisato che la portata universale di tale forma di responsabilità è da considerarsi espressione di una garanzia solo potenziale, poiché la garanzia attuale del creditore è rappresentata dalla porzione del patrimonio del debitore equivalente al valore del credito vantato nei confronti di quest'ultimo⁵⁹.

Ad ogni modo, la rilevanza attribuita al principio di universalità della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740, comma 1, c.c., trova conferma nel secondo comma dello stesso articolo che, assoggettando ad espressa riserva di legge le ipotetiche deroghe alla garanzia patrimoniale generica, concorre a delineare, quantomeno in apparenza, un sistema rigido che non sembra ammettere eccezioni alla regola generale⁶⁰.

creditore, il quale opera per il tramite di un vincolo gravante sui beni del debitore, posto a garanzia dell'adempimento della sua obbligazione» (R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, in *Comm. cod.civ.* Scialoja-Branca, Bologna, 1955, p. 3 ss.); cfr., inoltre, A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore – Profili civilistici*, Padova, 2001, p. 17 ss.

⁵⁹ Sul punto, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, p. 142.

⁶⁰ Sulla rilevanza del principio dell'universalità della garanzia patrimoniale ex art. 2740, comma 1, c.c. e sulla sua esaltazione anche sotto il profilo costituzionale, v. L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, in *Cod. civ. Commentario Schlesinger*, 2^a ed., Milano 2010, p. 6, il quale sottolinea che «le norme contenute negli artt. 2740 e 2741 attengono all'ordine pubblico ed hanno copertura costituzionale. Esse, poiché incidono sulla tutela della persona, sia dal lato del creditore che da quello del debitore, sono coperte dal principio costituzionale supremo di cui all'art. 2 cost. e impongono la verifica della legittimità delle disposizioni di legge che possono riflettersi sulla concreta conformazione della responsabilità patrimoniale, verifica che trova come norma

Tuttavia, l'attuale evoluzione normativa evidenzia una graduale erosione della garanzia generale di cui all'art. 2740 c.c., indirizzandosi, sempre di più, verso la tutela dell'integrità del patrimonio del debitore con simultaneo possibile pregiudizio per il creditore⁶¹.

È infatti ormai molto frequente la tendenza a garantire al debitore la possibilità di frazionare il proprio patrimonio escludendo alcuni beni e/o rapporti per sottrarli alle pretese del creditore, andando quindi ad intaccare il fondamentale principio dell'unicità del patrimonio del debitore⁶².

cardine di riferimento l'art. 3 cost. e, per quanto attiene alla tutela del risparmiatore, anche l'art. 47 cost.».

⁶¹ Al riguardo diffusamente, M. PETRONE, *Art. 2740*, in G. BONILINI, M. CONFORTINI e C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, 4^a ed., Torino, 2012, p. 7182, il quale sostiene che «specie negli anni recenti, si sono moltiplicate le ipotesi in cui la legge prevede o consente la separazione di alcuni beni o categorie di beni dal restante patrimonio del medesimo soggetto, con un sempre più frequente ricorso al principio della separazione dei patrimoni ed al conseguente fenomeno di limitazione della responsabilità patrimoniale: attenta dottrina non ha mancato di rilevare che la molteplicità delle deroghe, per tale via apportate al carattere dell'unicità del patrimonio, ha comportato che sia proprio la regola enunciata nell'art. 2740, 1 comma ad atteggiarsi sempre più a disposizione residuale, destinata a trovare applicazione solo quando la materia non sia governata da una regola diversa».

⁶² Sul punto si è osservato che al tendenziale principio di universalità della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. «fa da contraltare quello di proporzionalità, fondamento ormai dell'ordinamento italo-europeo», atto a impedire che il debitore venga pregiudicato oltre la misura necessaria al soddisfacimento del creditore. Occorre, continua l'a. evitare, quando possibile, di intaccare quei beni aventi la funzione di «garantire una decorosa convivenza» al debitore e al suo nucleo familiare, nel rispetto della persona umana e della sua dignità, così P. PERLINGIERI, *Abuso dei mezzi di conservazione della garanzia*

5.1. È in questo quadro così delineato – considerate le esigenze del mercato e le problematiche relative al suo funzionamento – che si inserisce la disciplina del c.d. sovraindebitamento⁶³, soprattutto nell’ottica della tutela del consumatore.

Piú in particolare, il legislatore con la l. 27 gennaio 2012, n. 3⁶⁴ ha consentito ai soggetti sovraindebitati, incapaci cioè di far fronte ai

patrimoniale. La responsabilità processuale dell’avvocato, in *Corr. giur.*, 2011, pp. 1307- 1308. Sul problema del rapporto tra debito e garanzie, nella prospettiva di conciliare l’interesse del debitore a non subire un sacrificio “oltre il necessario” con quello del creditore ad essere adeguatamente garantito, con particolare riguardo all’operatività del principio di proporzionalità nell’ipoteca e nel pegno, v. S. GIOVA, *La proporzionalità nell’ipoteca e nel pegno*, Napoli, 2012, p. 11 ss.

⁶³ Per il legislatore il sovraindebitamento è una situazione «non soggetta né assoggettabile ad altre procedure concorsuali, di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte dal debitore e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente» (art. 6, comma 2, lett. b).

⁶⁴ L. 27 gennaio 2012, n. 3 (*Disposizioni in materia di usura ed estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento*), come modificata dal decreto Sviluppo bis (D.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221) negli artt. da 6 a 17.

La l. n. 3 del 2012, che aveva inizialmente introdotto la disciplina è stata del tutto inapplicata. Intervenuta al fine di fronteggiare la crisi economica e porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento del debitore è apparsa sin dal principio «un’opera ancora incompiuta»: (cosí la definisce F. MACARIO, *La nuova disciplina del sovraindebitamento e dell’accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili*, in *Contratti*, 2012, p. 230. Con le modifiche si è cercato quindi di “rigenerare” l’istituto, eliminando le problematiche presenti nella versione originale, per la cui ampia analisi si rinvia agli interventi pubblicati in *Fallimento*, 2012, p. 1021 ss.

Si segnala, inoltre, che il legislatore ha intitolato il Capo II della legge «procedimenti» di composizione delle crisi da sovraindebitamento, intendendo con ciò comprendere piú procedimenti e quindi due discipline, una per il consumatore e l’altra per i soggetti non fallibili. In riferimento poi ai soggetti interessati ai «procedimenti» citati, l’art. 6, comma 1, estende l’ambito di applicazione ai «soggetti non fallibili», al consumatore e alle *start up* innovative.

propri debiti, di liberarsi dal proprio debito con procedure che fino ad allora erano accessibili solo alle imprese di medie o grandi dimensioni⁶⁵. Con riferimento all'ambito applicativo, infatti, il sovraindebitamento può riguardare qualunque soggetto, indipendentemente dalla sua qualità o meno di imprenditore. Non viene messo in correlazione l'ambito di applicazione di tale normativa con il tipo di attività svolta dal debitore, indicando unicamente con il termine di «debitore» il soggetto che può accedere ai procedimenti di composizione delle crisi da sovraindebitamento.

Tale legge prevede tre diverse procedure di composizione della crisi: l'accordo del debitore, il piano del consumatore e, in alternativa o, in alcune ipotesi, connesse ad entrambe le procedure, la liquidazione del patrimonio.

Tali procedure hanno però in comune un medesimo criterio ispiratore e, cioè, quello di soddisfare non soltanto le richieste degli imprenditori ma anche quelle dei consumatori-persone fisiche che si

Per un approfondito commento alla legge v. M. PORCELLI, *Riflessioni a margine della disciplina sul sovraindebitamento del consumatore introdotta dalla l. n. 3/2012*, in *Le Corti salernitane*, 2016, pp. 461-476.

⁶⁵ Questa riforma ha introdotto una sorta di “rivoluzione” perché precedentemente nel nostro ordinamento era prevista un'apposita disciplina per le imprese di media e grande dimensione, sottoposte alla legge fallimentare, oggetto anch'essa di riforme, mentre per gli altri debitori «deboli» (piccoli imprenditori, imprenditori agricoli, professionisti e consumatori) erano previste delle forme di liberazione dai propri debiti solo previo consenso di tutti i creditori.

trovino in una situazione di indebitamento tale da non riuscire a fronteggiarla attraverso gli ordinari strumenti civilistici⁶⁶.

È senza alcun dubbio un'innovazione apportata dalla riforma quella di aver introdotto una procedura per la soluzione del sovraindebitamento utilizzabile esclusivamente dal consumatore.

Il c.d. piano del consumatore (introdotto solo in séguito alla modificazione della normativa dopo le critiche mosse alla formulazione originaria) riserva unicamente al consumatore la possibilità di accedervi e prescinde dall'accordo con i creditori, richiedendo soltanto l'omologazione da parte del giudice che valuterà la meritevolezza del piano sulla base della sussistenza di tre condizioni: la sua fattibilità, l'assenza di atti in frode ai creditori e, infine, la mancanza di colpa del consumatore nella determinazione del sovraindebitamento (art. 12 *bis*).

⁶⁶ È stato osservato che le ragioni sottese all'introduzione dei nuovi meccanismi esdebitatori risiedono nel tentativo di rimediare alla limitata e poco efficiente disciplina relativa alla prevenzione da sovraindebitamento ed obblighi di verifica del merito creditizio, soprattutto riguardo a quei soggetti che contraggono debiti di consumo. V., sul punto, le riflessioni di E. CATERINI, *Sovraindebitamento, ristrutturazione del debito e datio in solutum*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 33, e L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, p. 11 ss.

In altri termini, solo il debitore in stato di sovraindebitamento che rivesta la qualità di consumatore può ricorrere al piano del consumatore al fine di ristrutturare i soli debiti di consumo.

Come si approfondirà meglio nel prosieguo della trattazione, la qualifica di consumatore deriva dalla tipologia di obbligazioni a causa delle quali si verifica la situazione di sovraindebitamento e prescinde dall'attività normalmente svolta dal debitore. E così può rientrare in questa nozione di consumatore anche un imprenditore, non assoggettabile ad altre procedure concorsuali, nel caso in cui sia insolvente in ordine alle obbligazioni assunte al di fuori dell'esercizio della propria attività d'impresa.

Ad ogni modo, resta comunque ferma la possibilità per il consumatore di accedere alle altre due procedure previste dalla legge.

L'individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione della procedura del piano del consumatore prevista dalla l. n. 3/2012 ha suscitato alcune riflessioni.

In particolare, il nuovo art. 6, comma 2, lett. *b* identifica il consumatore come «il debitore persona fisica che ha assunto

obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta».

Tale nozione risulta *ictu oculi* molto più precisa e restrittiva di quella prevista dall'art. 3, comma 1, lett. *a* del codice del consumo (è consumatore «colui che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta»), nella quale anche se è presente il riferimento all'estraneità allo scopo imprenditoriale o professionale che necessariamente contraddistingue la scelta consumeristica, tuttavia non risulta altresì la volontà che questa scelta debba essere rivolta esclusivamente al raggiungimento di obiettivi estranei alla sfera imprenditoriale o professionale del soggetto.

Come è stato osservato a tal proposito, la nozione di consumatore *ex l. n. 3 del 2012*, «se da un lato si limita a ricalcare la formula codicistica che ancora l'identificazione del soggetto beneficiario della tutela alla finalità da questo perseguita attraverso i suoi comportamenti, dall'altro sembrerebbe fare un passo indietro, verso una meno estesa portata applicativa della disciplina rispetto a quella

contenuta nel d.lg. n. 206/2005»⁶⁷. Il che equivarrebbe a dire che la volontà del legislatore nella disciplina della risoluzione delle crisi da sovraindebitamento del consumatore, fosse quella di istituire uno strumento atto a tutelare i debitori del quale potessero beneficiare un insieme piú ristretto di soggetti. Pertanto, non tutti i consumatori- persone fisiche, ma soltanto quelli che appaiano completamente estranei rispetto a qualsiasi attività di impresa o professionale.

Condividendo questa interpretazione cosí restrittiva della nozione di consumatore di cui alla legge in oggetto, si dovrebbero escludere tutti quei soggetti che, in passato, abbiano svolto attività imprenditoriali o professionali (ora non piú), per evitare di incorrere nell'ipotetico rischio di che anche un solo dei debiti dei quali si chiedi la ristrutturazione possa essere scaturito da quelle attività.

In realtà a tale interpretazione eccessivamente restrittiva della nozione di consumatore, se ne può contrapporre una piú estensiva, anche a seguito del recente intervento chiarificatore della Suprema Corte⁶⁸.

⁶⁷ Cosí A. CAPOCETTI, *Procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Giur.it.*, 2016, p. 820.

⁶⁸ Cass., 1 febbraio 2016, n. 1869, in *Foro it.*, 2016, I, c. 1804.

La Cassazione ha mostrato di ampliare l'applicazione della procedura in esame, ritenendo che possono accedere al c.d. piano del consumatore «tutte le persone fisiche che abbiano rivestito la qualifica di imprenditore o professionista purché al momento della presentazione del piano non abbiano ancora obbligazioni assunte nell'esercizio di tali attività o purché conservino (da esse) concomitanti debiti tributari quali imposta sul valore aggiunto, ritenute operate e non versate, tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea a condizione che se ne preveda l'integrale pagamento».

Ma vi è di più: secondo la Corte il perdurare di particolari debiti «imprenditoriali/professionali» non escluderebbe l'accesso al piano del consumatore e questo perché se si mette in correlazione l'art. 6, comma 2, lett. *b*, della legge con l'art. 12 *bis*, comma 3, della stessa, dove si prevede come condizione per l'omologa del giudice che sia garantito il pagamento anche dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, l'imposta sul valore aggiunto ecc. (art. 7), appare chiaramente che vengono presi in considerazione debiti ancora esistenti e riguardanti l'esercizio di attività imprenditoriale o professionale.

In altri termini, il consumatore può svolgere attività professionale o imprenditoriale, senza che ciò precluda l'accesso al piano, purché le situazioni di debito siano state generate unicamente da obbligazioni non contratte nell'esercizio di attività professionali o imprenditoriali.

Allo stesso tempo, il piano del consumatore è altresí esperibile *ex art. 12 bis* anche da imprenditori e professionisti che abbiano contratto obbligazioni per fronteggiare «esigenze personali o familiari o della piú ampia sfera attinente agli impegni derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità sociale, e anche a favore di terzi, ma senza riflessi diretti in un'attività d'impresa o professionale propria».

La Corte dunque mostra di istituire un collegamento implicito tra la figura del consumatore e quella dell'imprenditore o professionista, volendo quindi attribuire il diritto di accesso a tale procedura anche a soggetti in qualche modo non completamente estranei alle attività imprenditoriali o professionali.

La compatibilità tra la figura del consumatore e quella dell'imprenditore/professionista si manifesta in tre modi e cioè, il consumatore sovraindebitato che non è o non è mai stato imprenditore o professionista, il consumatore che lo è stato ma non lo è tuttora e, infine, chi lo è tuttora ma non considera piú tra i suoi debiti attuali

quelli contratti in passato in funzione di sostentamento ad una di quelle attività.

Tale orientamento giurisprudenziale in conclusione è sintomatico della volontà di tenere in considerazione la «personalità sociale del debitore»⁶⁹, per ampliare la tutela a tutti coloro che consumatori o debitori, si trovino in una situazione di debolezza, valutata chiaramente in riferimento alle circostanze del caso concreto⁷⁰.

Resta comunque esclusa l'applicazione dell'istituto nel caso in cui vi sia colpa del consumatore.

Il legislatore ha previsto infatti quali ipotesi di sovraindebitamento colpevole il ricorso al credito sproporzionato rispetto alle proprie capacità patrimoniali⁷¹.

Può invece essere considerata incolpevole l'assunzione di debiti al fine di soddisfare esigenze costituzionalmente garantite.

⁶⁹ L. MEZZASOMA, *La tutela del sovraindebitato quale contraente debole*, cit., p. 1266.

⁷⁰ Sull'importanza del ruolo dell'interprete di adattare la normativa al caso concreto, senza ancorarsi alle categorie astratte, cfr. V. RIZZO, *Prefazione*, cit., pp. 6-7 il quale coerentemente osserva che «sembra oggi poco attuale a causa dell'emergere di nuove figure di contraenti deboli che, pur non presentando le caratteristiche richieste dalla legge per essere considerati consumatori, sono comunque soggetti bisognosi di tutela in tutte le circostanze nelle quali entrino in contatto con controparti che per conoscenze tecnico-economiche e per capacità imprenditoriali sono qualificabili come contraenti forti».

⁷¹ In giurisprudenza, di recente, Trib. Torre Annunziata, 12 dicembre 2016, in *www.ilcaso.it*.

Dottrina e giurisprudenza sono infatti concordi nel ritenere che giustificano l'omologazione del piano quei fatti sopravvenuti ed imprevedibili, quali ad esempio urgenti e improvvise malattie, ovvero un'inaspettata inabilità al lavoro, tali da escludere la mancanza di cautela e prudenza del consumatore nell'assunzione delle obbligazioni.

Capitolo 2: L'utente – consumatore telematico

SOMMARIO: 1. Note introduttive sull'evoluzione della tutela del consumatore nella contrattazione telematica: dalla tutela del consumatore nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, ai contratti a distanza, al commercio elettronico, al consumatore telematico nella direttiva sui diritti dei consumatori. – 2. Gli obblighi informativi precontrattuali e l'introduzione della c.d. *Button solution*: un confronto tra Italia e Spagna. – 3. La responsabilità precontrattuale del professionista per violazione degli obblighi informativi. – 4. Breve *excursus* sulla genesi della responsabilità precontrattuale. – 5. La teoria della natura extracontrattuale della *culpa in contrahendo*: critica. – 5.1. *Segue*. La teoria della natura contrattuale. – 6. Il diritto di recesso nella nuova direttiva e le eccezioni in Italia e in Spagna. – 7. L'esecuzione delle vendite *online*.

1. Il superamento della teoria del consumatore come contraente sempre debole trova conferma anche in materia di commercio elettronico, dove lo sviluppo sempre più incessante della tecnologia e la sempre maggiore complessità delle operazioni economiche determinano rapporti, i quali, anche se instaurati tra imprese, sono caratterizzati da squilibri tra le parti.

Anche nelle compravendite online infatti, sia tra professionisti (contratti *business to business* – *B2B*), che soprattutto tra professionista e consumatore (contratti *business to consumer* – *B2C*),

si registrano delle asimmetrie che vedono necessariamente una parte “soccumbente” rispetto all’altra.

Nasce quindi la necessità di prevedere idonei strumenti di protezione volti a tutelare il contraente debole; inoltre, anche nelle vendite online occorre verificare se gli interessi coinvolti siano conformi al diritto, concentrandosi sulla meritevolezza in concreto dell’atto⁷², valutando se da esso abbia avuto origine un assetto di interessi proporzionato e ragionevole⁷³.

La disciplina applicabile alle vendite online è solitamente quella generale sul contratto (si pensi all’art. 1337 c.c. sulla buona fede delle

⁷² Sostiene che bisogna porre la necessaria attenzione sugli aspetti teleologici e assiologici degli atti di autonomia negoziale e sulla loro meritevolezza secondo l’ordinamento giuridico anche nei contratti telematici, P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit., p. 557. *Contra* N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 347 ss. secondo il quale nelle vendite telematiche non ci sarebbe accordo tra le parti, in quanto negli «scambi di merci» accade che una parte *descrive* beni e *indica* soluzioni alternative (ad es. modalità di pagamento del prezzo o di consegna della cosa), l’altra parte invece «digita» la scelta. Ci sarebbe, secondo l’a. uno scambio di fare (l’una espone e l’altra preferisce), ma non «un accordo linguistico, un *logos*». La tecnologia telematica creerebbe un universo intangibile, i siti sarebbero dei «luoghi della memoria» e la navigazione si svolgerebbe «in uno spazio astratto, fuori dalla storia degli uomini». Replica ad Irti, G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 530, il quale sottolinea che anche nella contrattazione telematica, connotata dall’assenza di dialogo, si configurerebbe comunque un accordo «a monte» e, cioè, all’inizio del processo decisionale che porta alla formazione del contratto. Per la replica definitiva si rinvia a N. IRTI, «*È vero ma...*», in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 273 ss.

⁷³ Cfr. P. PERLINGIERI, *Metodo, categorie, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, p. 9 ss.; G. PERLINGIERI, *Le nuove tecnologie e il contratto*, in D. VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell’informatica*, Napoli, 2004, p. 11 ss.

parti nell'esecuzione delle trattative e alla responsabilità precontrattuale), non senza gli opportuni adattamenti, combinata con quella specifica dedicata alla figura tipica, integrate da quella particolare sul commercio elettronico, contenuta sia nel d. lg. n. 70 del 2003, sia nel codice del consumo (d. lg. 6 settembre 2005, n. 206), il cui testo, modificato con il d. lg. 21 febbraio 2014, n. 21 è integralmente entrato in vigore nel giugno del 2014, (modifica che ha riguardato solo i contratti tra professionista e consumatore – c.dd. *B2C*).

Piú in particolare, il legislatore europeo, al fine di garantire maggiore protezione al consumatore nei contratti con il professionista, caratterizzati come già visto, da quella asimmetria per cosí dire “fisiologica”, ha emanato la direttiva europea 2011/83 «sui diritti dei consumatori».

Tale direttiva, recepita in Italia con d.lg. 21 febbraio 2014, n. 21⁷⁴, non solo ha riformato il Codice del consumo mediante la riscrittura del

⁷⁴ In G.U., 11 marzo 2014, n.58; la nuova direttiva modifica la direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (93/13/CEE), la direttiva su alcuni aspetti della vendita e delle garanzie di beni di consumo (99/44/CE) e abroga due direttive, quella sulla tutela del consumatore nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali (85/577/CEE) e quella sulla tutela del consumatore nei contratti a distanza (97/7/CE).

Anche nell'ordinamento spagnolo la nuova direttiva sui diritti dei consumatori è stata recepita con la *Ley* n. 3 del 2014 che ha modificato la “legge generale per

Capo I (artt. da 45 a 67), ma ha in parte modificato e completato l'originaria tutela del consumatore telematico prevista dalla direttiva 97/7/CE sulla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza.

Quest'ultima, recepita in Italia con d.lg. n. 185 del 1999 (c.d. decreto sui contratti a distanza) ed espressamente abrogata dalla direttiva 2011/83/UE, ruotava intorno a due punti fondamentali; il primo era costituito dall'importanza data alla fase precontrattuale attraverso la previsione di specifici obblighi informativi in capo al “fornitore. In altri termini, già la direttiva 97/7/CE mirava a consentire al consumatore di avere piena consapevolezza in ordine al bene o al servizio offerto, mediante una serie di informazioni funzionali a

la protezione dei consumatori e degli utenti” (*Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*), n. 1 del 2007. Con l'impulso della direttiva 2011/83/UE, la *Ley* n. 3 del 2014 fornisce una nuova definizione di consumatore, dedicando due paragrafi distinti, il primo al consumatore come persona fisica, il secondo al consumatore come persona giuridica (art. 3 *Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios – LGDCU*). La nuova legge spagnola inoltre, disciplina congiuntamente i contratti a distanza e i contratti stipulati fuori dei locali commerciali. In particolare, nel titolo terzo amplia la nozione contratto a distanza che comprende tutti quei contratti stipulati tra professionista e consumatore in un sistema organizzato di vendita e di servizi professionali, mediante l'uso di uno o più mezzi di comunicazione, quali Internet, telefono, fax o *email*. Sul punto v. L. MEZZASOMA, *Il consumatore e il professionista*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, p. 13 ss.; L. MEZZASOMA, V. RIZZO, E. LLAMAS POMBO, *La compravendita: realtà e prospettive*, Napoli, 2015, p. 5 ss.; L. MEZZASOMA, V. RIZZO, V. RICCIUTO, E. LLAMAS POMBO, *Il consumatore dei servizi tra Italia, Spagna e Latino America*, Napoli, 2016, p. 5 ss; A.I. MENDOZA LOSANNA, *Los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil tras la directiva 2011/83/UE*, in *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, I, 2012.

colmare le lacune derivanti dalla mancata visione delle caratteristiche del prodotto scelto.

La *ratio*, era quella di evitare che l'utilizzo di tecniche di comunicazioni a distanza potesse pregiudicare l'informazione fornita al consumatore; pertanto, il fornitore era tenuto ad informare il consumatore su una serie di notizie prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza, al fine di consentirgli di decidere consapevolmente sull'acquisto da fare.

Il c.d. decreto sui contratti a distanza dava una definizione di “tecnica di comunicazione a distanza”, intendendosi «qualunque mezzo che, senza la presenza fisica e simultanea del fornitore e del consumatore, possa impiegarsi per la conclusione del contratto tra le dette parti», facendo rientrare la “posta elettronica” tra le tecniche anzidette⁷⁵.

⁷⁵ G. ALPA, in *Contratti*, 1997, p. 416 rileva che nella direttiva in esame «il consumatore è tutelato – secondo la linea ormai invalsa in sede comunitaria – per tre aspetti fondamentali, sotto il profilo dell'informazione, sotto il profilo del recesso e sotto il profilo dell'impiego di tecnologie che operano *a distanza*». Sul significato dell'espressione “contrattazione a distanza” v. S. GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, Napoli, 2000, p. 39, secondo la quale «il fenomeno economico disciplinato dalla direttiva è quello della contrattazione a distanza, intesa quale contrattazione tra assenti, e cioè mancata presenza fisica simultanea delle due parti, ovvero tra presenti, quando si conclude un contratto al telefono, ovvero in una *talk* via computer, dei quali sia parte il consumatore».

L'art. 4, d.lg. n. 185 del 1999 precisava inoltre che le informazioni «possono essere date in qualsiasi forma», purché prima della conclusione o al momento dell'esecuzione siano confermate per iscritto o su supporto duraturo scelto dal consumatore e che entro lo stesso momento devono essere comunicate le informazioni relative alle condizioni e alle modalità per l'esercizio del diritto di recesso.

Quest'ultimo, che costituisce il secondo punto fondamentale, riguardava la fase successiva alla conclusione del contratto e consisteva nel concedere al consumatore la «possibilità di rimeditare» sulla convenienza dell'operazione economica conclusa mediante l'esercizio del diritto di recesso (*jus poenitendi*), senza addurre alcuna motivazione⁷⁶.

Il consumatore aveva quindi il diritto di sciogliersi dal vincolo contrattuale nel caso in cui il bene non avesse avuto le caratteristiche che “la vetrina virtuale” gli aveva fatto immaginare ovvero le informazioni obbligatorie fornite non fossero state corrette.

⁷⁶ «una facoltà di recesso penitenziale senza obbligo di motivazione e così affievolendo di fatto la “forza di legge” del contratto menzionata all'art. 1372 c.c. (o meglio la immediatezza del sorgere di essa», Così, F. DELFINI, *La tutela del consumatore online (dalla direttiva 97/7/CE alla direttiva 2011/83/UE*, in C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Atti del Convegno di Camerino, 26 e 27 settembre 2014, p. 355.

Il diritto di recesso poteva esercitarsi entro 10 giorni lavorativi che decorrevano dal giorno di ricevimento del bene, con l'estensione a 90 giorni nell'ipotesi in cui le informazioni non fossero state fornite su supporto duraturo e inoltre non poteva essere comunicato per via telematica.

Volendo inoltre operare un confronto con il recesso previsto dall'art. 1373 c.c., si può constatare che mentre questo prevede che nel caso in cui ad una delle parti sia attribuita la facoltà di recedere dal contratto, questa possa avvalersene fino a quando non vi sia stato un inizio di esecuzione, al consumatore virtuale invece, è consentito "pentirsi" indipendentemente dal fatto che ci sia stato un principio di esecuzione.

Tale istituto infatti risponde ad una logica diversa rispetto a quella del codice, per cui, al fine di tutelare il consumatore, è consentito esercitare il c.d. *ius poenitendi* anche nel caso di esecuzione integrale del contratto⁷⁷.

Anche il successivo codice del consumo del 2005 riprendeva la definizione di contratto a distanza della direttiva 97/7/CE e del d.lg. n. 185 del 1999 di attuazione, definendolo come «il contratto avente per

⁷⁷ S. GIOVA, *La conclusione dl contratto via Internet*, cit. p. 43.

oggetto beni o servizi stipulato tra un professionista e un consumatore nell'ambito di un sistema di vendita e di prestazione di servizi a distanza organizzato dal professionista che, per tale contratto, impiega esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto stesso».

L'art. 59, inoltre, citava espressamente i contratti conclusi attraverso l'utilizzo di strumenti informatici e telematici e prevedeva che per questi contratti le informazioni sull'esercizio del diritto di recesso dovessero essere fornite durante la presentazione del prodotto o servizio oggetto del contratto.

L'art. 68, poi, rinvia al d.lg. 70 del 2003 sul commercio elettronico per tutti quegli aspetti non disciplinati dal Codice del consumo.

In particolare, la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, recepita in Italia con d.lg. 70 del 2003 si inquadra in un contesto nel quale lo sviluppo delle vendite telematiche, e cioè dei contratti conclusi via Internet, ha indotto il legislatore comunitario ad emanare una disciplina specifica per il commercio elettronico che,

diversamente dalle precedenti riguarda sia i contratti B2B (*Business to Business*) che i contratti B2C (*Business to Consumer*)⁷⁸.

Occorre sottolineare che anche la direttiva europea 2000/31 prevedeva una serie di obblighi informativi precontrattuali, delle informazioni essenziali da comunicare prima dell'inoltro dell'ordine, tra le quali le tecniche da seguire per la conclusione del contratto, la lingua oltre all'italiano nella quale il contratto poteva essere concluso, i mezzi utilizzabili dal destinatario per la correzione di eventuali errori, ecc.

Il piú recente intervento comunitario a tutela del consumatore è rappresentato dalla direttiva 2011/83⁷⁹. Come indicato dall'art. 3, l'ambito di applicazione della stessa è piú ampio rispetto a quella precedente, che sostituisce: comprende «qualsiasi contratto concluso

⁷⁸ Per gli approfondimenti, cfr. F. DELFINI, *Il d.lg. 70/2003 di attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico*, in *Contratti*, 2003, p. 819 ss.; S. GIOVA, *Il recepimento della direttiva sul commercio elettronico: informazioni, conclusione dei contratti e profili di responsabilità civile (Osservazioni)*, in G. BISCONTINI e L. RUGGERI (a cura di), *Diritti del cittadino e tecnologie informatiche*, Napoli, 2004, p. 306 ss.

⁷⁹ L'art. 4 della direttiva richiede un'armonizzazione massima cosicché il legislatore interno l'ha recepita quasi alla lettera nell'ordinamento interno. La clausola di armonizzazione massima infatti non consente agli Stati membri di adottare soluzioni normative differenti da quelle adottate nel testo della direttiva stessa. Sul punto, cfr. C. PERLINGIERI, *La protezione del cyberconsumatore secondo la direttiva 2011/83/UE*, in *Corti salernitane*, 2012, p. 526 ss. e V. CUFFARO, *Profili di tutela del consumatore nei contratti online*, in G. FINOCCHIARO e F. DELFINI (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Torino, 2014, p. 379.

tra professionista e consumatore e riguarda, salve alcune precisazioni⁸⁰, sia i contratti di vendita di beni che di fornitura di servizi» e quindi anche i contratti che hanno ad oggetto la fornitura di contenuti digitali entrano per la prima volta nella storia dell'Unione, sia quelli veicolati su supporto fisico, sia se trasmessi per via telematica, cioè con *downloading* senza supporti materiali da consegnare all'acquirente.

Inoltre, tra le novità della nuova disciplina, si evidenziano l'ampliamento delle informazioni precontrattuali che il professionista deve fornire al consumatore, il prolungamento dei termini per l'esercizio del diritto di recesso e i casi di esclusione dello stesso, nonché l'introduzione della c.d. *Button solution* per impedire gli *Internet cost traps*.

Infine, sono state adottate le definizioni di “contratto di vendita”⁸¹, di “contratto a distanza”⁸², di “supporto durevole”⁸³, di “contenuto digitale”⁸⁴ e di “contratto accessorio”⁸⁵.

⁸⁰ V. le eccezioni *ex art. 3, comma 3, lett. a) – m)* dirett. e art. 47 c. cons.

⁸¹ Art. 45, comma 1, lett. e), c. cons.: «qualsiasi contratto in base al quale il professionista trasferisce o si impegna a trasferire la proprietà di beni al consumatore e il consumatore ne paga o si impegna a pagarne il prezzo, inclusi i contratti che hanno come oggetto sia beni che servizi».

⁸² Art. 45, comma 1, lett. g), c. cons.: «qualsiasi contratto concluso tra il professionista e il consumatore nel quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza e senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi di

2. Il codice del consumo modificato dal d.lg. n. 21 del 2014, all'art. 49, obbliga il professionista ad informare il consumatore sugli aspetti piú significativi del regolamento contrattuale, i quali costituiscono parte integrante del contratto e che possono essere modificati solo previo accordo espresso tra le parti⁸⁶. Questi si aggiungono agli obblighi informativi già previsti dal d. lg. n. 70 del 2003 sul commercio elettronico.

Piú in particolare, per evitare le c.dd. trappole di costo (*Internet cost traps*), il legislatore obbliga il professionista a specificare il costo totale del prodotto o del servizio, comprensivo delle imposte, delle spese di spedizione e di ogni altro eventuale costo, compreso quello di restituzione in caso di esercizio del diritto di recesso, nonché le

comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso».

⁸³ Art. 45, comma 1, lett. *l*), c. cons.: «ogni strumento che permetta al consumatore o al professionista di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate».

⁸⁴ Art. 45, comma 1, lett. *m*), c. cons.: «i dati prodotti e forniti in formato digitale».

⁸⁵ Art. 45, comma 1, lett. *q*), c. cons.: «un contratto mediante il quale il consumatore acquista beni o servizi connessi a un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali e in cui tali beni o servizi sono forniti dal professionista o da un terzo in base ad un accordo tra il terzo e il professionista».

⁸⁶ Sugli obblighi informativi previsti dalla nuova normativa, cfr. P. OCCHIUZZI, *Gli obblighi informativi*, in *Corr. giur.*, 2014, all.1, p. 10.

modalità di calcolo del prezzo quando non sia possibile calcolarlo ragionevolmente in anticipo⁸⁷.

Se il professionista non adempie a tali obblighi di informazione, il consumatore non è tenuto a sostenere tali spese e costi aggiuntivi, con onere della prova, relativo all'adempimento degli obblighi informativi, a carico del professionista⁸⁸.

La *ratio* è quella di tutelare il consumatore assicurando la trasparenza del comportamento di coloro che operano in rete, evitando così tutti quei possibili comportamenti ingannevoli posti in essere dal professionista a danno del consumatore.

Nel dettaglio, per i contratti a distanza conclusi con mezzi elettronici che impongono al consumatore l'obbligo di pagare, le informazioni precontrattuali indicate nell'art. 49, comma 1, lett. *a)*, *e)* *q)* ed *r)* del codice del consumo, riguardanti le caratteristiche principali dei beni o servizi, il prezzo totale comprensivo delle imposte, la durata del contratto, le condizioni per recedere, devono essere comunicate al consumatore in modo «chiaro ed evidente»

⁸⁷ Art. 49, comma 1, lett. *a)*, c. cons.

⁸⁸ Art. 49, comma 6, c. cons.

direttamente prima che il consumatore inoltri l'ordine, pena la non vincolatività del contratto o dell'ordine (art. 51, comma 2, c. cons.)⁸⁹.

Il legislatore italiano, nel recepire la direttiva europea, ha deciso di unire i due paragrafi del comma 2 dell'art. 8 dir., rafforzando in tal modo la garanzia al consumatore con l'introduzione della «non vincolatività del contratto o dell'ordine» qualora gli stessi non siano stati preceduti dalla rappresentazione delle informazioni relative ai costi, alla durata del contratto, alla durata minima dei suoi obblighi, alla conferma espressa del consumatore circa la nascita dell'obbligo di pagamento al momento di inoltro dell'ordine⁹⁰.

Il professionista, inoltre, deve far in modo che il consumatore al momento di inoltrare l'ordine possa riconoscere chiaramente che tale operazione comporta un obbligo di pagare. Infatti, qualora l'inoltro dell'ordine dipenda dalla pressione su un pulsante virtuale, questo deve riportare in modo facilmente leggibile le parole "ordine con

⁸⁹ Sul punto piú dettagliatamente S. GIOVA, *Le vendite online*, in C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *Internet e Diritto civile*, Napoli, 2015, p. 221 ss e EAD *La tutela del consumatore telematico nel d.lg. n. 21 del 2014*, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 2014, p. 115.

⁹⁰ Al riguardo C. PERLINGIERI, *La protezione del cyberconsumatore*, cit., p. 526 ss.: «In precedenza, infatti, la previsione della non vincolatività era limitata a singole clausole: quelle che risultano «abusivo» e quelle che «escludono o limitano, direttamente o indirettamente» i diritti attribuiti al consumatore: rispettivamente previste dall'art. 6, par. 1 della direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive e all'art. 7, par. 1 della direttiva 99/44/CE sulla vendita dei beni di consumo».

obbligo di pagare" o una formulazione corrispondente⁹¹, indicante che l'inoltro dell'ordine comporta l'obbligo di pagare il professionista.

È questa la c.d. *Button solution*, un particolare accorgimento per eliminare i c.dd. *Internet cost traps* (le trappole di costo in Internet), insidie che, costituiscono una delle principali ragioni di diffidenza dei consumatori nei confronti di tale tipologia contrattuale.

Il legislatore ha recepito l'art. 8, comma 2 della direttiva, sostenendo che «solo considerando l'obbligo di informazione un presupposto di esistenza del vincolo contrattuale, si individuano le sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive" richieste dalla direttiva (art. 24 dir.) che servono a limitare le trappole di costo e a incentivare la fiducia dei consumatori nelle vendite online»⁹².

⁹¹ Art. 8, par. 2, comma 2, dir. prevede testualmente che il consumatore «non sarà vincolato dal contratto o dall'ordine». Questa previsione, come sottolineato, impone agli Stati membri di «prevedere un'importante deterrente contro un'eventuale omissione informativa del professionista, facendo dunque registrare, quantomeno nell'ambito del commercio *online*, un importante passo avanti verso l'armonizzazione degli ordinamenti nazionali», M. LEHMANN e A. DE FRANCESCHI, *Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 437. Cfr. a tal proposito anche l'art. 24, prop. reg. sulla vendita che sostanzialmente ricalca la previsione di cui all'art. 8, comma 2, dir. 2011/83/UE, in quanto, tra le altre cose, pone a carico del professionista una serie di obblighi informativi che devono essere adempiuti prima che il consumatore accetti la richiesta, considerati come funzionali a garantire chiarezza alla proposta e all'accettazione. Sul punto v. anche G. D'AMICO, *La proposta di regolamento per un diritto comune della vendita*, in L. MEZZASOMA, V. RIZZO, E. LLAMAS POMBO, *La compravendita: realtà e prospettive*, cit., p. 69 ss.

⁹² Cosí, S. GIOVA, *La tutela del consumatore telematico*, cit., p. 116.

Ai sensi dell'art. 49, comma 10, c. cons., l'onere della prova dell'adempimento degli obblighi informativi grava sul professionista.

Il legislatore, inoltre, prende in considerazione il fenomeno del c.d. *mobile commerce – e commerce* tramite *smart phones* o palmari – prevedendo in questo caso un insieme di informazioni piú limitato, fermo restando l'obbligo di informazione completa in altra modalit  idonea, come previsto dall'art. 51, comma 4 c. cons., e ci  in attuazione di quanto stabilito nel “considerando 36” della direttiva dove si sottolinea che: «nel caso dei contratti a distanza, gli obblighi di informazione dovrebbero essere adattati per tenere conto dei limiti tecnici di taluni media, come la limitazione del numero dei caratteri su taluni schermi dei telefoni mobili o il limite di tempo per gli spot televisivi. In tali casi il professionista dovrebbe conformarsi ad un insieme minimo di obblighi di informazione e rinviare il consumatore a un'altra fonte di informazione, ad esempio fornendo un numero di telefono gratuito o un *link* ipertestuale ad una pagina web del professionista dove le informazioni pertinenti sono direttamente e facilmente accessibili».

Quanto alla *Button solution*, in un'ottica comparatistica, occorre evidenziare che il legislatore tedesco ha recepito la direttiva gi  nel

2012, dove l'attuale §312j, comma 4, *BGB* sancisce che il contratto: «viene in essere solamente qualora» sia adempiuto l'obbligo di informazione di cui al precedente comma 3.

La dottrina tedesca, in considerazione del fatto che le scelte del legislatore tedesco sono ben compatibili con il sistema italiano, aveva sperato che il legislatore italiano, come quello tedesco, non si limitasse semplicemente a riprodurre la formulazione della direttiva ove, al comma 2 parte II, si legge che: «il consumatore non è vincolato dal contratto o dall'ordine», come invece è successo.

Come è stato coerentemente osservato, pare «che anche in base alla formulazione scelta dal legislatore italiano, in caso di violazione dell'obbligo di informazione il contratto sia da considerare inesistente; il legislatore valuta il regolamento degli interessi e sancisce che l'obbligo informativo sia requisito di esistenza (non di validità) del contratto, con la conseguenza che in caso di sua violazione e di consegna del bene al consumatore si potrà discorrere, come già rilevato proprio dalla dottrina tedesca, di c.d. “fornitura non richiesta”⁹³ (ex art. 57, comma 1, c. cons.), la quale non impedisce di

⁹³ Sul punto M. LEHMANN e A. DE FRANCESCHI, *Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, cit., p. 447 ss., sottolineano che «parrebbe difficile affermare che la prestazione possa

per sé al consumatore il diritto al risarcimento del danno, non da *contratto non concluso*, bensì da c.d. *contrattazione illegittima*»⁹⁴.

considerarsi come “richiesta” da parte del consumatore per il mero fatto che quest'ultimo, in ragione dell'asserita gratuità della prestazione offerta, sia stato attirato e sia conseguentemente caduto nel tranello teso dal professionista, “accettando” (o, più semplicemente, non rifiutando) di ricevere la prestazione offerta, nell'erronea convinzione (indotta o comunque non fugata dal professionista) che essa fosse gratuita. Pensiamo, ad esempio, alle ipotesi di pubblicità di prodotti offerti come “gratuiti” mediante indicazioni inserite su banner che compaiono sull'account di posta elettronica del consumatore; o, ancora, ad ipotesi in cui il consumatore che, necessitando di un programma per PC, di norma reperibile gratuitamente online (ad es. *Adobe reader*), digiti su di un motore di ricerca come Google le parole: *Adobe reader gratis* e venga in conseguenza di ciò indirizzato sul sito Internet di un professionista da scaricare, all'apparenza gratuitamente, il *software* ricercato, salvo poi accorgersi che in conseguenza di ciò è stato “attivato” un contratto di abbonamento a titolo oneroso. In tutte queste ipotesi, non è tanto il consumatore che (anche in senso atecnico) richiede la prestazione, quanto il professionista che lo (attira nella propria *trap* e ivi lo) invita a ricevere una prestazione, senza chiarire che da un determinato comportamento del consumatore scaturirà la (invero, ai sensi della direttiva, infondata) pretesa ad una controprestazione. Orbene, a fronte di un *Internet cost trap*, l'art. 8, par. 2, comma 2, dir. provvede anzitutto a disattivare la “trappola” predisposta dal professionista, qualificando il contratto e l'ordine come non vincolanti per il consumatore; a fronte di ciò, parrebbe poi difficile non qualificare come “non richiesta” dal consumatore una prestazione che costui si trovi tra le mani dopo esser caduto in una trappola predisposta dal professionista, sempre che quest'ultimo non sia in grado di dimostrare - *probatio* invero piuttosto diabolica - che pure in tale ipotesi sia stato il consumatore a cercare la prestazione e non quest'ultimo a trovarlo. In tale ricostruzione, non sembrerebbe doversi ravvisare un particolare rischio di abuso da parte del consumatore e tantomeno la creazione di un assetto squilibrato in suo favore. La non vincolatività per il consumatore del contratto e dell'ordine per mancato rispetto dei presupposti di cui all'art. 8, par. 2, comma 2, dir. e la conseguente da noi asserita applicabilità della disciplina delle forniture non richieste si avranno infatti in tutti e soli i casi in cui la prestazione venga presentata al consumatore come del tutto gratuita, o meglio qualora costui - in violazione di quanto previsto dall'art. 8, par. 2, comma 2, dir. - non sia stato reso chiaramente edotto in merito all'onerosità della prestazione e non abbia espressamente riconosciuto che dal suo ordine sarebbe scaturito un obbligo di pagare».

Per un'ulteriore analisi della direttiva 2011/83/UE e degli strumenti di tutela previsti, prettamente connessi alle particolari modalità di conclusione ed esecuzione del contratto online vedasi C. PERLINGIERI, *La protezione del cyberconsumatore*, cit., p. 526 ss.

⁹⁴ Così S. GIOVA, *La tutela del consumatore telematico*, cit. pp. 117-118.

Si può in tal senso condividere l'opinione secondo la quale in questo caso siamo in presenza di un obbligo di informazione che «invade l'area del valore e il regolamento di interessi, condizionando non la mera validità, per mancanza dell'accordo (art. 1325 c.c.), ma addirittura l'esistenza del contratto»⁹⁵, mettendo di nuovo in crisi quella dottrina che propende per una distinzione tra regole di validità e regole di comportamento⁹⁶.

Le regole di validità, infatti, in quanto “sintetizzate” in un dover essere, cioè in prescrizioni di obblighi ed oneri di condotta, integrano di per sé regole di comportamento.

Per quanto riguarda l'ordinamento spagnolo, il dovere di informazione precontrattuale gravante sul professionista è disciplinato dagli artt. 60 e 97 TRLGDCU, quest'ultimo specificatamente dedicato ai contratti a distanza e a quelli stipulati fuori dei locali commerciali.

⁹⁵ G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 53 ss.; ID., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, p. 33 ss.

⁹⁶ Sulla non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento, v. G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 40 ss.; *contra* P. PERLINGIERI e R. DI RAIMO, *Trattative, buona fede e responsabilità precontrattuale*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014, p. 526 e G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità*, cit., p. 9.

Tali norme sostituiscono l'art. 13 LGDCU il quale non prevedeva un obbligo del professionista di informare preventivamente il consumatore su tutti gli elementi rilevanti per la conclusione del contratto, ma richiedeva semplicemente che le informazioni veritiere ed efficaci sulle caratteristiche essenziali del prodotto fossero spedite o incorporate nello stesso.

In conformità con la direttiva 2011/83/UE, l'art. 60 TRLGDCU obbliga il professionista ad informare il consumatore sugli aspetti materiali del prodotto o del servizio, unitamente all'obbligo di fornire informazioni sui rischi che possono derivare da un uso prevedibile dei beni e dei servizi, tenendo conto della natura, delle caratteristiche, della durata e delle persone a cui sono destinati.

Come osservato, l'efficacia e l'adeguatezza delle informazioni influiscono anche sul contenuto del contratto. Tale dovere di informazione costituisce una manifestazione della buona fede contrattuale che deve presiedere, non solo la fase di esecuzione del contratto, ma anche quella precontrattuale⁹⁷. Per questo esso deve essere finalizzato ad informare il consumatore sugli aspetti più

⁹⁷ Sul punto M. J. REYES LOPEZ, *La reforma introducida en el TRLGDCU por ley 3/2014 sobre el derecho de desistimiento e informacìon in Actualidad juridica iberoamericana*, 2015, p. 266 ss.

significativi, senza omettere dati, ma anche non fornendo informazioni non necessarie che lo confondono. In altri termini, bisogna cercare di evitare sia le informazioni precarie, sia all'opposto le informazioni inutili o eccessive, cercando invece di fornire al consumatore informazioni adeguate al fine di renderlo edotto sul contratto da concludere.

3. La conclusione di un contratto telematico, al pari di quello “tradizionale” è solitamente preceduta da una fase di trattative durante le quali le parti cercano di trovare un punto di incontro tra le rispettive posizioni di interesse e, quindi, tentano di giungere ad un accordo che soddisfi entrambe.

Durante tale fase le parti, anche se libere di giungere o meno alla conclusione dell'affare, in base alle loro specifiche valutazioni di convenienza, hanno l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, così come disposto dall'art. 1337 c.c.⁹⁸

⁹⁸ In tal senso è stato osservato che il dovere di comportarsi secondo buona fede *ex art. 1337 c.c.* «colora di sé l'intera vicenda negoziale [...], quindi, investe il regolamento di interessi unitariamente inteso (art. 1366), ossia la lettera del contratto e il comportamento anteriore, contestuale e successivo alla conclusione del negozio (art. 1362)»: così, P. PERLINGIERI e R. DI RAIMO, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 7^a ed., Napoli, 2014, p. 521. Cfr, inoltre, G. CAPO,

Trattasi di buona fede in senso oggettivo⁹⁹ come regola di condotta al servizio dell'ordinamento giuridico vigente, che ha un ruolo fondamentale nella regolazione e attuazione dei rapporti tra privati.

La buona fede precontrattuale non denota, dunque, il mero stato psicologico, ma esige che i comportamenti di ciascuna parte – a prescindere dai motivi che li abbiano determinati – siano improntati a lealtà e correttezza verso l'altra parte.

Buona fede e correttezza vengono a coordinarsi, divenendo un concetto unitario¹⁰⁰: si tratta di una clausola generale che non soltanto

Attività d'impresa e formazione del contratto, Milano, 2001, p. 93 s. secondo il quale l'art. 1337 c.c. «assume un ruolo e un significato peculiare, orientato com'è a “moralizzare” la fase precontrattuale e così garantire la tutela dell'interesse ad un comportamento leale e corretto, durante tutto il procedimento di formazione del consenso»; G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 c.c.*, cit., p. 9 ss.

La giurisprudenza ha constatato che la buona fede è «strumento di governo della discrezionalità nell'esecuzione del contratto, nel senso che essa opera sul piano della selezione delle scelte discrezionali dei contraenti, assicurando che l'esecuzione del contratto avvenga in armonia con quanto emerge dalla ricostruzione dell'operazione economica che le parti avevano inteso porre in essere, filtrata attraverso uno *standard* di normalità sociale e, quindi, di ragionevolezza»: in tal senso, Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Giur. it.*, 2005, p. 1811, con nota di S. SORRENTINO, *Giudizio di buona fede e rapporto di locazione*. Sulla ragionevolezza quale criterio ermeneutico nell'applicazione di ogni normativa e nel bilanciamento dei principi, v. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 8 ss.

⁹⁹ Da non confondere con la buona fede in senso soggettivo che designa uno stato psichico del soggetto: di ignoranza o di falsa credenza, come nel caso di chi è convinto, erroneamente, di agire nel rispetto della legge, ovvero nell'ipotesi di ignoranza di ledere l'altrui diritto (ad esempio, nella materia degli effetti del possesso di buona fede, questa viene intesa in senso soggettivo). Il legislatore, infatti, all'art. 1147, comma 1, c.c. nello stabilire che «è possessore di buona fede chi possiede ignorando l'altrui diritto» manifesta chiaramente di scegliere il significato psicologico di buona fede.

ha la «valenza di norma etico-sociale»¹⁰¹, ma rappresenta «il fulcro del diritto delle obbligazioni e la specificazione del dovere di solidarietà sociale, ex art. 2 cost.»¹⁰², che obbliga ciascuna parte a tutelare gli interessi dell'altra, prescindendo dall'esistenza di obblighi contrattuali ovvero previsioni di legge, nei limiti di un apprezzabile sacrificio.

La relazione d'affari infatti comporta necessariamente un'interferenza tra le diverse sfere giuridiche e gli interessi dei

¹⁰⁰ Sull'unitarietà dei concetti di correttezza e buona fede v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 115 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1966, p. 9; *contra* E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 68 ss., il quale propende per la distinzione tra correttezza (ex art. 1175 c.c.), che obbliga di astenersi dal cagionare illegittimo pregiudizio al diritto altrui, e buona fede contrattuale (ex art. 1375 c.c.), che obbliga le parti a collaborare al fine del buon esito delle aspettative creditorie.

¹⁰¹ In tal senso, G. PERLINGIERI, *La responsabilità precontrattuale di Francesco Benatti, cinquant'anni dopo*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 1301 ss., il quale afferma la necessità di «ricostruire il significato delle clausole generali, facendo leva sull'analisi degli interessi in gioco e sul complesso dei principi e delle regole che fondano l'ordinamento giuridico». L'a. in particolare, non soltanto individua nell'art. 1337 c.c. una regola generale (applicabile anche ad alcuni negozi unilaterali, art. 1324 c.c.), ma spinge a cogliere quel collegamento esistente tra fenomeni che seppur diversi sono tutti orientati a tutelare la buona fede e la solidarietà (art. 2 cost.) nella formazione del contratto, indipendentemente dalla sua conclusione.

¹⁰² Così, M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, Napoli, 2011, p. 115 ss., il quale sostiene che la regola di buona fede rappresenta un «criterio esorbitante dalla stretta disciplina codicistica delle obbligazioni e dei contratti, pervasivo del sistema in qualsiasi ipotesi di situazione giuridica ispirata alla relazionalità, e dunque centrale nella costruzione di un diritto comune delle situazioni pubbliche e private». Il richiamo all'art. 2 cost. è assai frequente anche in giurisprudenza: v. Cass., 22 gennaio 2009, n. 1618, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 24 ss., e Cass., 6 agosto 2008, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 229 ss. Si è osservato, al riguardo, che da un'accurata analisi del codice civile alla luce della nostra Costituzione, il principio di buona fede rappresenta la manifestazione del principio di solidarietà economico-sociale nei rapporti tra privati, venendo in tal modo inseriti nella disciplina delle obbligazioni e dei contratti, i valori di uguaglianza e parità sostanziali: S. RODOTÀ, cit., p. 140 ss.

contraenti, ragion per cui «il fine essenziale e principale di chi tratta, è la rappresentazione preventiva del contenuto del futuro contratto: suo interesse è che questa rappresentazione sia il piú possibile aderente alla realtà»¹⁰³.

In altri termini, appare necessario fornire delucidazioni su tutti quegli elementi di fatto necessari, perché l'altra parte abbia esatta contezza sull'oggetto delle trattative¹⁰⁴.

Focalizzando l'attenzione sui contratti telematici tra consumatore e professionista, appare opportuno ritenere che l'omessa informazione da parte del professionista degli aspetti piú rilevanti del regolamento contrattuale è fonte di responsabilità precontrattuale che, come si chiarirà in séguito, ha natura contrattuale.

¹⁰³ Così, F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 37 ss., il quale sottolinea l'importanza della fase delle trattative, momento in cui i soggetti cercano di formarsi un'idea circa il contenuto del contratto in modo tale da verificare se vi sia coincidenza tra il risultato concreto che intendono conseguire e quello che si realizzerebbe se concludessero quel tipo di negozio.

¹⁰⁴ M. ALBERICI, *Il dovere precontrattuale di buona fede*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 1083; Salv. ROMANO, *Buona fede (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1988, p. 683 s., il quale parla di un dovere di presentazione conforme alla realtà, non solo di una realtà generica, bensí di quella «specificamente aderente alla causa del contratto». È stato altresí osservato che oltre ai casi in cui il legislatore individua espressamente precisi obblighi di avviso e informazione, appare opportuno bilanciare l'obbligo di comunicare circostanze rilevanti con l'opposta esigenza di sottacere alla controparte alcune informazioni per ottenere o mantenere posizioni di vantaggio. Orbene, in questa contrapposizione, occorre analizzare gli interessi coinvolti in concreto alla luce della ragionevolezza, tenendo presente la qualità dei contraenti, la natura del contratto e le circostanze in cui si è stipulato e, infine, l'organizzazione economico-sociale: G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., pp. 120-121.

4. Nel nostro ordinamento la disposizione di cui all'art. 1337 c.c. è stata introdotta nel codice del 1942. Il codice del 1865, infatti, non conteneva una precisa disposizione che regolasse il comportamento delle parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto; pertanto, nella fase precontrattuale non vi era alcun obbligo normativo in capo alle parti di comportarsi secondo buona fede¹⁰⁵.

Solo agli inizi del secolo scorso e in contrasto con l'indirizzo dominante, la dottrina ravvisava l'ipotesi di una responsabilità precontrattuale nei casi di rottura delle trattative e nella revoca della proposta e vendita di cose altrui, senza però dare una definizione al riguardo¹⁰⁶.

Si incominciava cioè a percepire «la necessità di una regolamentazione del lavoro preparatorio posto in essere dai

¹⁰⁵ In realtà, una parte della dottrina ha fatto constatare che il problema era percepito nel diritto romano in epoca classica. Già Cicerone ravvisava una forma di responsabilità precontrattuale in alcune fattispecie di reticenza o di affermazioni non veritiere rese dal venditore nella fase precedente alla conclusione del contratto di compravendita. (*De officiis*, III, 14). Ciò dimostra dunque come già nella Repubblica romana, per il principio di solidarietà umana, affermatosi in Grecia si sanzionassero comportamenti sleali nella fase prenegoziale.

¹⁰⁶ L. COVIELLO, *Della cosiddetta «culpa in contrahendo»*, in *Filangieri*, 1900, p. 721 ss., il quale ha mostrato di anticipare la norma inserita nel codice civile del 1942 evidenziando la necessità di un comportamento corretto nella fase che precede la stipulazione del contratto. V., inoltre, E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1908, p. 457; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, Firenze, 1925, p. 349.

contraenti, sentendo l'esigenza di tutelare l'affidamento eventualmente prodotto»¹⁰⁷.

L'attuale disciplina codicistica, sulla spinta delle indicazioni dottrinarie, ha introdotto con l'art. 1337 c.c. un nuovo strumento di tutela, inizialmente applicato nelle sole ipotesi in cui si riscontrava la violazione di diritti riconosciuti in base ad altre norme, ovvero se vi era una precisa disposizione che prevedeva e, dunque, sanzionava la violazione di uno specifico obbligo¹⁰⁸.

L'applicazione dell'art. 1337 c.c., pertanto, era riservata ai casi di violazione dell'art. 1338 c.c., che prevede un obbligo di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale a carico della parte che «conosceva o doveva conoscere, l'esistenza di una causa di invalidità

¹⁰⁷ G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto*, cit., p. 51.

¹⁰⁸ Eppure nella Relazione al codice civile del 1942 si afferma: «È dominata dall'obbligo di correttezza e da quello di buona fede (in senso oggettivo) la materia delle trattative contrattuali e quella concernente i contratti per adesione. L'obbligo predetto è richiamato in via generale nell'art. 1337 c.c. come base del comportamento delle parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto. Questo obbligo esige dai soggetti di un rapporto contrattuale, nella sfera del rapporto stesso, un comportamento ispirato dal senso della probità, sia nella rappresentanza leale e non cavillosa dei diritti e degli obblighi che ne derivano, sia nel modo di farli valere o di osservarli con riguardo in ogni caso allo scopo che il contratto vuol soddisfare all'armonia degli interessi delle parti e di quelli superiori della Nazione, i quali richiedono una specifica collaborazione produttiva». Cfr., più ampiamente, S.A. RASI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, p. 497.

del contratto, ma non ne ha dato notizia all'altra parte la quale ha confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto»¹⁰⁹.

Come è stato osservato¹¹⁰, la relazione tra regole di validità e regole di condotta¹¹¹ si risolveva “utilizzando” lo strumento del risarcimento

¹⁰⁹ Cass., 7 marzo 2001, n. 3272, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Contratto in genere*, n. 305, decisione nella quale si riconosce che se, al contrario, vi è stata colpa da parte sua, ossia se egli avrebbe potuto conoscere, con l'ordinaria diligenza, la causa di invalidità del contratto, non trovano applicazione le norme di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c.

¹¹⁰ G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto*, cit., p. 54.

¹¹¹ Sul delicato tema dei rapporti tra regole di comportamento e regole di validità, v. G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo* cit., il quale affronta il problema della configurabilità del c.d. principio di «non interferenza» tra regole di comportamento e regole di validità e cioè la questione se la violazione di una disposizione che prescrive al contraente una certa condotta, precedentemente alla stipula del contratto, possa comportare, in assenza di una precipua disposizione di legge, non soltanto il risarcimento ma anche l'invalidità del contratto. Al riguardo secondo l'A. la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità può essere superata: ogni norma, infatti, rappresenta uno strumento di valutazione del comportamento dei soggetti; i consociati nella vita relazionale pongono in essere una serie di comportamenti e quanto più è articolata la vita sociale, tanto più le norme sono elaborate, risultando connesse tra loro. Pertanto, anche le c.dd. regole di validità costituendo un *dover essere* e cioè impositive di obblighi di condotta, integrano regole di comportamento. Sí che, attraverso ogni regola, si controlla il comportamento dei consociati garantendo l'aspettativa di ciascuno nei confronti dei comportamenti degli altri.

La differenziazione tra regole di condotta e regole di comportamento costituisce, dunque, «una classificazione meramente didattica proprio perché la valutazione del comportamento rappresenta la connaturata funzione di ogni regola e di ogni principio». A ciò aggiungasi che ogni regola, anche la più precisa, viene sottoposta ad un controllo interpretativo alla luce dei valori normativi coinvolti. In questo modo l'art. 1418 c.c. va interpretato alla luce dell'ordinamento giuridico, tenendo presente che nonostante una norma imperativa sia il risultato di una valutazione operata a monte dal legislatore, ciò non implica che l'interprete non possa modificare la portata del singolo divieto se gli interessi coinvolti lo impongono. E quindi, soltanto la valutazione degli interessi basata sul criterio della ragionevolezza, consente all'interprete di scegliere la soluzione più congrua, anche se si discosta dalla lettera della legge.

del danno *ex art.* 1337 c.c. soltanto nell'ipotesi prevista dall'art. 1338 c.c., ossia di contratto invalido.

Successivamente, però, l'interpretazione dell'art. 1337 c.c. è stata ampliata fino a riconoscere il risarcimento del danno anche alle ipotesi nelle quali vi è una effettiva lesione dell'interesse al corretto svolgimento delle trattative¹¹².

5. Sulla natura giuridica della responsabilità precontrattuale si registrano due diversi orientamenti.

In particolare, i sostenitori della teoria della natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale affermano che si tratterebbe di un fatto illecito, la cui peculiarità sarebbe quella di essere commesso nello specifico contesto dello svolgimento delle trattative e della formazione del contratto¹¹³.

Il dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase precontrattuale, pertanto, non nasce da un precedente rapporto

¹¹² Cosí, M. ALBERICI, *Il dovere precontrattuale di buona fede*, cit., p. 1051 ss.

¹¹³ Sulla tesi della natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale, v. tra gli altri C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 155 ss. e R. SACCO, *Il contratto*, I, 3^a ed., in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2004, p. 235.

obbligatorio *inter partes*, ma rappresenta un generico dovere che preesiste alle trattative e si impone alla collettività in forza del principio generale del *neminem laedere*, al fine di preservare la libertà negoziale contro ingerenze di terzi che ne potrebbero ostacolare l'esercizio.

I sostenitori della natura aquiliana pongono a fondamento della propria tesi una serie di argomentazioni. Ritengono preliminarmente che l'art. 1337 c.c. sia un'applicazione del principio del *neminem laedere*: più in particolare, sostengono che nel comportamento di chi lede l'obbligo di correttezza vada ravvisato un comportamento doloso o colposo, che reca ad altri un danno ingiusto, con il conseguente obbligo di risarcire il danno.

A ciò aggiungono che nell'art. 1337 c.c. manca una specifica sanzione che quindi necessariamente deve essere integrata dalla disposizione generale di cui all'art. 2043 c.c. Inoltre affermano che il dovere di buona fede non nasce con le trattative ma preesiste a queste e si impone alla generalità dei consociati, mirando a tutelare il corretto

svolgimento della libertà negoziale, la cui violazione costituisce un danno ingiusto¹¹⁴.

La natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale, infine, risulterebbe provata dal fatto che la responsabilità contrattuale scaturisce dalla violazione di un rapporto obbligatorio preesistente; *a contrario*, nella fase delle trattative non si è ancora instaurato un vincolo obbligatorio, con la conseguenza che la fonte dell'obbligo di risarcimento è il fatto illecito altrui.

Detto altrimenti, poiché la responsabilità precontrattuale ha ad oggetto la fase precedente alla conclusione del contratto e quindi sorge quando un contratto non c'è, appare del tutto evidente che essa non può essere una forma di responsabilità contrattuale¹¹⁵.

¹¹⁴ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 562, sottolinea che «la responsabilità precontrattuale si pone nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, costituendo violazione del dovere di non ledere l'altrui libertà negoziale». Il principio del *neminem laedere ex art. 2043 c.c.* sarebbe adatto dunque a reprimere qualsiasi comportamento sleale anche antecedente rispetto alle trattative e troverebbe applicazione nei confronti di qualsiasi soggetto.

¹¹⁵ La qualificazione della responsabilità precontrattuale in termini di responsabilità aquiliana (art. 2043) ha importanti risvolti applicativi. *In primis*, per quanto concerne l'onere della prova, è il danneggiato a dover provare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito compresi il dolo e la colpa del danneggiante. In secondo luogo, la durata del termine di prescrizione per esperire l'azione extracontrattuale è di cinque anni (art. 2947 c.c.) e infine, circa la quantificazione del danno, alla responsabilità aquiliana non si applica l'art. 1225 c.c. in tema di prevedibilità del danno e il risarcimento si estende anche ai danni imprevedibili.

5.1. Più convincente è la tesi di coloro che, al contrario, sostengono la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale¹¹⁶.

Parte della dottrina, infatti, ritiene che il dovere di buona fede non sia una mera declinazione del principio generale del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c., ma rappresenti una obbligazione *ex lege*, nascente dal c.d. contatto sociale (fatto idoneo a produrre obbligazioni *ex art.* 1173 c.c.)¹¹⁷ che si istituisce tra le parti con l'inizio delle trattative, il cui inadempimento genera dunque una responsabilità contrattuale *ex art.* 1218 c.c.

Al riguardo non vi è alcun dubbio che tra le parti coinvolte in una trattativa negoziale nasca un'obbligazione.

Stando al tenore letterale dell'art. 1337 c.c. secondo cui «le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede», il “devono” contenuto nella norma non può essere ricondotto nell'ambito del principio generale

¹¹⁶ Al riguardo v. L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, nota a Cass., 5 maggio 1955, n. 1259, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pp. 115 ss. e 126 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 207 ss.

¹¹⁷ Come è noto infatti, tra le fonti delle obbligazioni (art. 1173 c.c.) oltre al contratto e al fatto illecito sono compresi anche ogni «altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico»; detto ciò, il contatto sociale che si instaura tra le parti con l'inizio delle trattative, fa nascere un rapporto obbligatorio vincolante per le parti al rispetto dell'obbligo di buona fede (art. 1337 c.c.).

del *neminem laedere*, considerato che l'obbligo di buona fede ha contenuto positivo e del tutto diverso dal dovere di astensione violato in caso dell'illecito aquiliano.

Come giustamente sostenuto, il richiamo al dovere generale di buona fede sia nella fase di esecuzione del contratto, sia nel momento di attuazione del rapporto obbligatorio, sta ad indicare che il legislatore «faceva riferimento ad un vincolo comportamentale ben determinato»¹¹⁸ e cioè quello che coinvolge i soggetti determinati di un rapporto obbligatorio.

Il legislatore, pertanto, con l'esistenza di un'obbligazione anche nella fase delle trattative, ha voluto sottolineare che, dal momento dell'instaurazione della trattativa e fino all'esito positivo o meno di

¹¹⁸ R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nuovo dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 675. Si è altresì osservato che la buona fede in senso oggettivo, come regola di condotta, si è sviluppata nei rapporti obbligatori in modo così incisivo che nel linguaggio romano, l'espressione *fidem praestare* designa l'adempimento di un'obbligazione. E dunque, «quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è indice sicuro che quella relazione si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si tratta appunto di specificare a stregua di buona fede»: in tal senso, G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, V, Milano, 2006, p. 1114.

questa, sorge tra le parti una obbligazione reciproca di comportarsi secondo buona fede¹¹⁹.

Ciò detto, questa obbligazione non può essere ricondotta al principio del *neminem laedere* perché i doveri che da essa nascono «tendono alla promozione e al soddisfacimento dell'altrui aspettativa e quindi hanno anche uno scopo positivo»¹²⁰.

Orbene, considerare la responsabilità precontrattuale una forma di responsabilità aquiliana, significherebbe dire che le condotte dannose che si possono verificare in questa fase sarebbero caratterizzate da quella lesività indeterminata e diffusa che connota l'illecito extracontrattuale.

Il legislatore del '42 con la norma di cui all'art. 1337 c.c. ha infatti manifestato chiaramente la volontà di introdurre una fattispecie obbligatoria, distinguendola dalla previsione di carattere generale *ex*

¹¹⁹ Si segnalano due importanti sentenze della Suprema Corte (Cass., Sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438, e Cass., Sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648) nelle quali si legge che «l'affidamento reciproco dei contraenti nella correttezza dei comportamenti della controparte nella fase preliminare del contratto è costituito non necessariamente dalla conclusione del contratto, ma dal contegno complessivo delle parti nel corso delle trattative». Cfr., inoltre, F. DELLA NEGRA, *Culpa in contraendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*, in *Contratti*, 2012, p. 235 ss., ove l'A. rileva che «l'equivoco di ritenere la conclusione del contratto quale unico possibile referente del legittimo affidamento conduceva a negare la rilevanza di quest'ultimo nelle trattative, essendo del tutto aleatorio che da esse si sbocchi alla conclusione del contratto».

¹²⁰ Così L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, XIII, Torino, 2000, p. 364 ss.

art. 2043 c.c., proprio per inserirla nell'ambito della responsabilità da inadempimento¹²¹.

Da ultimo, la Suprema Corte, intervenendo sul punto¹²², ha mostrato di superare l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, ancorato per lungo tempo alla tradizionale concezione della responsabilità precontrattuale come responsabilità di tipo aquiliano *ex art. 2043 c.c.* ritenendo che la responsabilità precontrattuale deve correttamente inquadrarsi nella responsabilità di tipo contrattuale da c.d. «contatto sociale qualificato»¹²³.

¹²¹ Qualificare la responsabilità precontrattuale in termini di responsabilità contrattuale di cui all'art. 1218 c.c. comporta che l'onere probatorio è limitato alla prova della fonte o titolo dell'obbligazione e alla semplice allegazione dell'inadempimento ovvero dell'inesatto adempimento. In più, a differenza della responsabilità extracontrattuale, il termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione è decennale (art. 2946 c.c.) e infine, al di là dei casi di dolo, il danno risarcibile è limitato esclusivamente ai danni prevedibili al momento in cui è nata l'obbligazione.

¹²² Cass., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in *Dejure* online. Sulla natura contrattuale della responsabilità precontrattuale v. M. ZICCARDI, *Interruzione delle trattative per mancato accordo sul prezzo e responsabilità precontrattuale*, nota a Cass., 5 ottobre 2015, n. 19872, in *Le Corti salernitane*, 2016, pp. 571 – 588.

¹²³ Più nel dettaglio, secondo la Corte di legittimità, ciò che qualifica la *culpa in contrahendo* non è infatti la colpa, bensì la violazione della buona fede che fa sorgere obblighi di protezione reciproca tra le parti. E così, la responsabilità per danno cagionato da una parte all'altra deriverà quindi dalla violazione di specifici obblighi (buona fede, protezione, informazione) precedenti a quelli che deriverebbero dal contratto, se e quando verrà concluso. Si discorre poi di «contatto sociale qualificato» proprio per connotare un rapporto tra sfere giuridiche diverse, un rapporto cioè connotato da uno scopo che le parti intendono perseguire; in virtù di tale relazione qualificata, una persona affida i propri beni della vita alla correttezza di un'altra persona, con la conseguente insorgenza di specifici obblighi di buona fede e informazione.

6. Un'altra importante novità introdotta dalla direttiva, è costituita dall'ampliamento dei termini per l'esercizio del diritto di recesso. Questo, precedentemente previsto dagli artt. 64 ss. c. cons., è attualmente disciplinato dai novellati artt. 52-59 c.cons.

Piú in particolare, esso è rimasto uno *jus se poenitendi* senza alcuna motivazione, che, per cosí dire, posticipa la "consolidazione" del contratto dopo un congruo periodo di riflessione (c.d. *cooling off period*).

La disposizione amplia da 10 a 14 giorni lavorativi il termine per l'esercizio del diritto di recesso (art. 52 c. cons.), che per i "contratti di vendita" decorre «(...) dal giorno in cui il consumatore (...) acquisisce il possesso fisico dei beni», invece per i "contratti di fornitura di contenuti digitali" non forniti su un supporto materiale, dal giorno della conclusione del contratto.

Inoltre, il termine di 14 giorni si estende per altri 12 mesi cosí come previsto dall'art. 53, comma 1, c. cons., nell'ipotesi in cui il professionista ometta di dare informazione sul diritto di recesso (obbligo informativo previsto all'art. 49, comma 1, lett. *h*); nel caso poi di ricezione tardiva di tale informazione, il termine si riduce di

nuovo a 14 giorni, che riinizia a decorrere da tale momento successivo
ex art. 53, comma 2, c. cons.

L'eventuale patto contrario è chiaramente nullo, come sancito
dall'art. 143, comma 1, c. cons.).

Il legislatore ha, così, modificato il regime previgente, nel quale il
termine per l'esercizio del recesso in caso di omessa informazione, era
di 60 o 90 giorni (*ex art. 65, comma 3, vecchia formulazione*).

Il nuovo art. 54 c. cons., rubricato «Esercizio del diritto di recesso»,
sostituisce il precedente art. 62, che aveva il medesimo oggetto e
prevede che il consumatore prima della scadenza del periodo di
recesso è tenuto ad informare il professionista della sua decisione di
esercitare il diritto di recesso, potendo scegliere di utilizzare per il suo
esercizio un modulo tipo (allegato I del decreto), ovvero presentare
una propria dichiarazione esplicita contenente la sua intenzione di
recedere dal contratto. Il professionista può anche «(...) offrire al
consumatore l'opzione di compilare e inviare elettronicamente il
modulo di recesso-tipo (...), o una qualsiasi altra dichiarazione
esplicita sul sito *web* del professionista (...)».

In tali casi, il professionista sta a dover confermare al consumatore l'avvenuta ricezione del recesso (art. 54, commi 1, 2 e 3, c. cons.), mentre il consumatore ha l'onere di provare l'esercizio del diritto così come previsto dalla normativa¹²⁴.

Con l'esercizio del diritto di recesso le parti non sono tenute ad eseguire il contratto a distanza o, nel caso di offerta da parte del consumatore, di concludere il contratto a distanza.

Il professionista, secondo quanto previsto dall'art. 67 deve senza ritardo (e comunque entro 14 giorni che decorrono da quando ha avuto notizia dell'esercizio del recesso) rimborsare i pagamenti effettuati dal consumatore, con lo stesso mezzo utilizzato da quest'ultimo (salvo che il consumatore abbia espressamente convenuto altrimenti e non debba sostenere alcun costo quale conseguenza del rimborso). Non più 30 giorni, pertanto, come previsto dalla vecchia formulazione del codice del consumo, ma "senza ritardo" o al massimo, 14 giorni.

¹²⁴ A tal proposito, si è osservato che rispetto al precedente testo, da un lato è stato mantenuto il principio della *spedizione* dell'atto di recesso da parte del consumatore, anziché di quello del ricevimento da parte del professionista e, dall'altro, la "deformalizzazione" dell'atto di recesso, in precedenza da confermarsi con lettera raccomandata con avviso di ricevimento e che oggi invece, può consistere in qualsiasi «dichiarazione esplicita della decisione di recedere dal contratto» anche per via telematica, in modo conforme alle modalità telematiche con le quali appunto il contratto è stato concluso. Cfr. F. DELFINI, *La tutela del consumatore on line*, cit., p. 367.

Inoltre, sono nulle le pattuizioni che prevedano limitazioni al rimborso delle somme versate. Il professionista può trattenere il rimborso finché non abbia ricevuto i beni (che il consumatore è tenuto a restituire entro 14 giorni dal recesso), a meno che non si sia offerto di ritirarli egli stesso.

Il legislatore, quindi, da un lato ha visibilmente ridotto i termini per il rimborso, dall'altra ha inteso assicurare al professionista il trattenimento delle somme a garanzia della consegna dei beni da parte del consumatore.

Il professionista non deve rimborsare i costi supplementari, nell'ipotesi in cui il consumatore abbia scelto espressamente un tipo di consegna diversa dal tipo meno costoso di consegna offerto dal professionista. Un tipico caso è quello del consumatore che intende ricevere il contenuto digitale su dvd invece di scaricarlo dal database del professionista. In questo caso, se il consumatore sceglie il recesso, il professionista non dovrà rimborsare i costi supplementari connessi alla diversa modalità di consegna scelta dal consumatore .

Il nuovo art. 57 c. cons. disciplina poi gli obblighi del consumatore in caso di recesso, in precedenza disciplinati unitamente a quelli del professionista dall'art. 67. Il consumatore, in particolare, deve

consegnare i beni al professionista, sostenendo solo il costo diretto alla loro restituzione (salvo che il professionista abbia prestabilito di sostenerlo personalmente o abbia omesso di informare il consumatore che nell'ipotesi di recesso avrebbe dovuto far fronte a tale costo) ed è responsabile unicamente della diminuzione del valore dei beni risultante da una manipolazione diversa da quella necessaria per stabilire natura, caratteristiche e funzionamento degli stessi.

Viene in tal modo superato il requisito dell'integrità del bene da restituire, che rappresentava, *ex art. 67, comma 2, c. cons. vecchia* formulazione, una «condizione essenziale per l'esercizio del diritto di recesso».

Ciò infine rileva solo per il commercio elettronico c.d. indiretto (ossia quando la consegna del bene avviene secondo i canali di distribuzione tradizionale), perché per il commercio elettronico diretto tutto avviene tramite computer e quindi non ci sono costi di consegna né di restituzione.

L'esclusione del diritto di recesso è prevista dall'art. 59, comma 1, lett. o) c. cons. nella fornitura di contenuto digitale su supporto non durevole quando l'esecuzione sia iniziata con l'accordo espresso del

consumatore e con la sua accettazione del fatto che in tal caso avrebbe perso il diritto di recesso¹²⁵.

Al riguardo è stato osservato che l'esclusione del diritto di recesso sia necessaria per evitare inopportune appropriazioni dei contenuti digitali.

In altri termini c'è chi sostiene che tale esclusione sia finalizzata a "scongiurare" quegli abusi da parte del consumatore che, dopo aver scaricato/memorizzato sul proprio computer i contenuti digitali, comunichi il recesso¹²⁶ e chi invece ritiene che «l'esclusione del diritto di recesso sia connaturale alle caratteristiche intrinseche del contenuto digitale privo di supporto materiale «(...) nel senso che non è configurabile uno *ius poenitendi* lì dove la tecnologia non ha ancora previsto un procedimento che consenta un'operazione inversa al

¹²⁵ Art. 57, comma 4, lett. b) c. cons.: Il consumatore non sostiene invece alcun costo per la fornitura, in tutto o in parte, del contenuto digitale che non è fornito su un supporto materiale quando: 1) il consumatore non ha dato il suo previo consenso espresso circa l'inizio della prestazione prima della fine del periodo di 14 giorni; 2) il consumatore non ha riconosciuto di perdere il diritto di recesso quando ha espresso il suo consenso; oppure 3) il professionista ha omesso di fornire la conferma conformemente all'articolo 51, comma 7 «il professionista fornisce al consumatore la conferma del contratto concluso con mezzo durevole, entro un termine ragionevole dopo la conclusione del contratto a distanza e al più tardi al momento della consegna dei beni oppure prima che l'esecuzione del servizio abbia inizio (...)».

¹²⁶ M. LEHMANN e A. DE FRANCESCHI, *Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, cit. p. 430.

downloading, la mancanza, quindi, di un procedimento tecnologico che consenta la restituzione del "prodotto" al mittente»¹²⁷.

Per quanto riguarda l'ordinamento spagnolo, il diritto di recesso è previsto nel cap. 2 del TRLGDCU (*Texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*), dagli artt. 68-79. A differenza del precedente art. 71, il consumatore, in accordo con le disposizioni previste dalla direttiva 2011/83/UE dispone di 14 giorni per esercitare il diritto di recesso (*derecho de desistimiento*).

Come è stato osservato, non bisogna confondere il diritto di recesso con il diritto del consumatore di risolvere il contratto previsto dall'art. 62 TRLGDCU (*derecho del consumidor a poner fin al contrato*); infatti, mentre il recesso è inteso come la facoltà concessa al consumatore di sciogliersi dal vincolo contrattuale, senza fornire alcuna motivazione, senza alcuna penalità e con efficacia *ex tunc* (artt. 68.1 e 73 TRLGDCU), la risoluzione consente all'utente di decidere unilateralmente di sciogliere il contratto quando si tratta di rapporti di

¹²⁷ Così S. GIOVA, *La tutela del consumatore telematico*, cit., p. 122 e C. PERLINGIERI, *La protezione del cyberconsumatore*, cit., p. 526 ss.

durata, per evitare al consumatore quel legame perpetuo che connota i rapporti continuativi¹²⁸.

Inoltre, in conformità con l'art. 62, l'esercizio di tale diritto non può comportare sanzioni o oneri gravosi o sproporzionati, il che non significa che si tratta di un diritto gratuito, in quanto la legge non esonera il consumatore dalle spese che possono derivare dalla sua decisione, né nulla impedisce il pagamento di una sanzione in caso di esercizio del diritto.

Infine a differenza del diritto di recesso, la risoluzione ha efficacia *ex nunc*, senza effetto retroattivo.

Viene inoltre modificato il paragrafo 1 dell'art. 76 rubricato: "Restituzione delle somme percepite dal professionista": questi deve restituire i pagamenti effettuati dal consumatore entro 14 giorni e non più 30 come prevedeva la vecchia disciplina, che decorrono dal giorno in cui il professionista ha ricevuto notizia dell'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore.

¹²⁸ M. DEL SAGRARIO BERMUDEZ BALLESTEROS, *La nueva regulación del derecho de desistimiento a la luz de la ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU*, in *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 9/2014, pp. 104-117; v. anche M. J. REYES LOPEZ, *La reforma introducida en el TRLGDCU por ley 3/2014 sobre el derecho de desistimiento e informaciòn*, cit., p. 282 ss.

La disciplina del recesso si applica ai contratti a distanza e a quelli stipulati fuori dei locali commerciali, così come disposto dagli artt. 101-108. C'è chi a tal proposito ha osservato che non estendere la disciplina del recesso anche alle vendite nei locali commerciali impedirebbe di abbandonare il sistema di “nicchie regolamentari” (*sistema de «nichos» regulatorios*) esistente finora, con il rischio di convertire il sistema normativo in un “mosaico” di particolarità, effetto quest'ultimo che persiste dopo l'approvazione della legge di riforma del TRLGDCU¹²⁹.

7. Per quanto riguarda l'esecuzione della vendita online, l'art. 61 c. cons. prevede, salvo diverso accordo tra le parti, l'obbligo per il professionista di consegnare i beni (trasferendogli la disponibilità materiale o comunque il controllo) al consumatore «senza ritardo» e al più entro trenta giorni dalla conclusione del contratto.

Se il professionista non adempie a tale obbligo di consegna dei beni nel termine stabilito, il consumatore lo invita ad effettuare la consegna entro un termine adatto alle circostanze. In caso di mancata consegna,

¹²⁹ COSÍ A.CARRASCO PERERA, *Desarrollos futuros del derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de Derechos de los Consumidores*, in *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Navarra, 2012, p. 313.

il consumatore può risolvere il contratto, salvo il diritto al risarcimento del danno.

Se il professionista si rifiuta espressamente di consegnare i beni, o se il termine di consegna è essenziale (o perché ciò rileva dalle circostanze che hanno accompagnato la conclusione del contratto, o perché il consumatore aveva informato il professionista che il termine di consegna era essenziale) sul consumatore non incombe l'onere di fissare un termine per la consegna ed è legittimato a risolvere immediatamente il contratto, salvo il diritto al risarcimento del danno.

Il codice fa salva la possibilità per il consumatore di far valere i propri diritti secondo le disposizioni del codice civile sulla risoluzione.

CAPITOLO 3: Risvolti applicativi dell'uso di Internet da parte del viaggiatore e del minore d'età

Parte I: La tutela del viaggiatore telematico

SOMMARIO: 1. La tutela del viaggiatore telematico nella nuova direttiva sui pacchetti turistici acquistati su Internet: introduzione. – 2. I diritti del turista nel codice del turismo. – 3. Dal turista al «viaggiatore» nella direttiva sui pacchetti turistici: estensione dell'ambito di applicazione ai pacchetti combinati dal viaggiatore, obblighi di informazione a carico del professionista e responsabilità dell'organizzatore. – 4. Conclusioni.

Parte II: Internet e minori di età

SOMMARIO: 5. Internet e minori d'età: la dicotomia tra l'incapacità di contrarre del minore e la sua capacità di consumare. – 6. Il ruolo dei *social networks* nella società dei consumi: analisi di un fenomeno complesso. – 7. *Segue*: La tutela dei minori di età nei *social networks*.

1. Il tempo attuale mostra l'irrefrenabile diffusione di pacchetti turistici acquistati su Internet. In considerazione della rilevanza giuridica di tale fenomeno è stata emanata la direttiva 2015/2302/UE del 25 novembre 2015 relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici

collegati¹³⁰, allo scopo di conseguire un elevato ed uniforme livello di protezione dei consumatori in materia di contratti tra viaggiatori e professionisti. Tale direttiva modifica il Regolamento C.E. n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le Autorità nazionali per la tutela dei consumatori e la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori e abroga la direttiva 90/314/CEE sui viaggi, le vacanze ed i circuiti tutto compreso¹³¹.

Il legislatore europeo, con l'intento di colmare le lacune derivanti da una normativa che si limitava a tutelare il consumatore acquirente di pacchetti turistici già predisposti dalle agenzie di viaggio, ha deciso di intervenire in un settore di particolare rilevanza per l'economia dell'Unione europea¹³².

In particolare, la normativa appariva inadeguata ai nuovi scenari conseguenza dei cambiamenti determinati dall'avvento della c.d. “era

¹³⁰ G.U.U.E. 11 dicembre 2015.

¹³¹ La direttiva del 1990 sui pacchetti turistici – recepita in Italia con d.lgs. n. 111 del 95 – riconosceva ai consumatori-viaggiatori il diritto a conoscere tutte le informazioni rilevanti prima della conclusione del contratto, l'esatta individuazione del soggetto responsabile della corretta esecuzione di tutti i servizi del pacchetto, il diritto alla risoluzione del contratto, regole precise per limitare o impedire l'aumento dei prezzi e il diritto al rimborso o al risarcimento del danno in caso di annullamento del viaggio da parte dell'operatore. L'ambito di applicazione di tale direttiva, tuttavia, riguardava solo ed esclusivamente le c.dd. vacanze confezionate e, cioè, quelle vendute su catalogo e non invece i pacchetti personalizzati dal cliente attraverso la combinazione di diversi servizi turistici.

¹³² E. LLAMAS POMBO, L. MEZZASOMA, C.I. JARAMILLO, M. BERNAL FANDINO, *Turismo y derecho de consumo*, Bogotá, 2015, p. 7 ss.

digitale”, caratterizzati dal rapido diffondersi delle c.dd. vendite *online* di servizi turistici non ancora oggetto di specifica disciplina e dalla necessità sempre più avvertita dai consumatori di adottare formule di viaggio che rispondessero alle loro reali esigenze piuttosto che modelli imposti dagli operatori¹³³.

La direttiva n. 314 del 1990, essendo stata attuata in maniera diversa da parte degli Stati membri, inoltre, aveva prodotto l'impossibilità di realizzare un effettivo mercato unico interno del turismo, rendendo oltremodo complesso, soprattutto per le imprese di piccole dimensioni, offrire servizi turistici in uno Stato diverso da quello di stabilimento. L'incertezza prodotta da questa frammentazione inevitabilmente si ripercuoteva sulle scelte dei consumatori, diffidenti nei riguardi dei servizi offerti da operatori di Stati ove vigevano obblighi giuridici differenziati rispetto a quello di provenienza.

La necessità di adeguare le norme in materia di acquisto di pacchetti turistici risponde, pertanto, all'esigenza di assicurare sia ai viaggiatori che ai professionisti gli effettivi vantaggi di un mercato

¹³³ Per un'analisi della nuova direttiva v. anche S. GIOVA e M. ZICCARDI, *La tutela del viaggiatore nella nuova direttiva sui pacchetti turistici*, in *Scritti in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017, pp. 817-826.

interno, da perseguire con un deciso intervento che avvicini maggiormente le legislazioni degli Stati membri in materia di pacchetti e servizi turistici collegati.

La direttiva 2015/2302/UE, che fissa il termine del 1° gennaio 2018 per il recepimento da parte degli Stati membri, infatti, estende l'ambito di applicazione delle regole a tutela dei viaggiatori-consumatori a tutti i pacchetti turistici, compresi quelli personalizzati e a tutti i servizi turistici combinati, inclusi quelli offerti *online*. Sì che le attuali misure di tutela previste per i pacchetti turistici tradizionali proposti dagli operatori turistici e dalle agenzie di viaggio verranno rafforzate ed estese anche ai pacchetti organizzati su richiesta del consumatore¹³⁴ e a quelli acquistati in Internet¹³⁵.

¹³⁴ La normativa, pertanto, rispecchia le nuove esigenze effetto dei mutamenti nelle abitudini dei consumatori. Fino ai primi decenni del '900, infatti, il turismo era come un fenomeno d'*elite*, legato alla curiosità e alle possibilità economiche dei più abbienti e l'imprevisto rappresentava una componente fisiologica del viaggio: il turista da soggetto che rifiutava l'idea di una vacanza organizzata nei particolari, ora, invece, diventa protagonista, scegliendo il pacchetto più conforme ai propri desideri. Per gli approfondimenti, cfr. A. LEZZA, *I contratti di viaggio*, in *Tratt. dir. priv. europeo*, IV, Padova, 2003, p. 258 ss. Sì che «il turismo è diventato uno svago sempre più accessibile e l'erogazione di servizi turistici si è trasformata in un fenomeno di massa. Il turista ha cambiato veste: non è più un avventuriero ma un consumatore di servizi in grado anche di muovere un certo sviluppo economico». R. BOCCHINI e M. MONTANARI, *I contratti turistici e telematici*, in D. VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2016, p. 425.

¹³⁵ Alcuni dati relativi all'anno 2015 riferiscono che il 23% dei viaggiatori ha acquistato vacanze personalizzate, il 23% di loro ha scelto dei pacchetti

La nuova normativa si applicherà, dunque, a tre diverse tipologie di pacchetti turistici: ai c.dd. pacchetti preconfezionati e, cioè, alle vacanze predisposte da un operatore turistico; ai pacchetti c.dd. personalizzati, combinati liberamente dal consumatore e acquistati da un'unica impresa che vende *online*, ovvero attraverso i canali di vendita tradizionali; infine, ai servizi turistici c.dd. assistiti, e cioè alle combinazioni di servizi turistici venduti da un'agenzia di viaggio tradizionale o da un operatore *online* che fungono da intermediario e vendono tali servizi separatamente in transazioni distinte¹³⁶.

2. Il d. lg. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. codice del consumo)¹³⁷ non contiene la definizione di “turista”, ma utilizza la nozione di «consumatore di pacchetti turistici» e, cioè, «l'acquirente, il cessionario di un pacchetto turistico o qualunque persona anche da

tradizionali preconfezionati e il 35% degli acquisti di viaggi è avvenuto *online*, in www.europarl.europa.eu/portal.it.

¹³⁶ Si pensi al caso in cui un consumatore paga un biglietto ma deve collegarsi ad un altro sito per noleggiare un'automobile.

¹³⁷ Il codice del consumo, oggetto di continue modifiche, costituisce lo strumento attraverso il quale sono state raccolte in un unico testo gran parte delle disposizioni emanate a protezione dei consumatori. Anche se la nostra Costituzione non contiene un richiamo espresso al consumatore, non significa che la stessa non lo tuteli. Il consumatore, in quanto persona, trova la fonte dei propri diritti fondamentali proprio nella Costituzione (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p.512 ss.) e «non in norme di rango ordinario che solo in maniera errata [...] ribadiscono l'esigenza di salvaguardia di valori già protetti dalla Costituzione». Così L. MEZZASOMA, *Consumatore e Costituzione*, cit., 2015, p. 313 ss. cui si rinvia per gli approfondimenti.

nominare, purché soddisfi 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» (art. 83 c. cons.). L'art. 84 c. cons., inoltre, fa rientrare nella nozione di «pacchetto turistico» solo i viaggi, le vacanze e i circuiti tutto compreso [...] di durata superiore alle 24 ore.

Il d. lg. 23 maggio 2011, n. 79 (c.d. codice del turismo)¹³⁸, agli artt. da 32 a 51, disciplina la vendita di pacchetti turistici prima collocata negli artt. da 82 a 100 del codice del consumo che vengono abrogati, anche se permangono problemi di coordinamento tra le due discipline (i contratti di viaggio ad esempio, vengono ancora disciplinati dal codice del consumo per il rinvio espresso che il codice del turismo fa agli artt. 32, commi 2 e 3 e 67, comma 2).

¹³⁸ «Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo», a norma dell'art. 14 della l. 28 novembre 2005, n. 246, nonché attuazione della direttiva 2008/122/CE, relativa ai contratti di multiproprietà, contratti relativi alle vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio. Il legislatore statale è intervenuto su una materia di competenza regionale indotto dalla necessità di incentivare e sviluppare il settore turistico, oltre che per dare unitarietà all'offerta turistica.

Tale necessità è ispirata all'art. 30 della Convenzione ONU del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone con disabilità, intesa a garantire a questi «il diritto di fruire dell'offerta turistica in modo completo e in autonomia, ricevendo servizi al medesimo livello di qualità degli altri fruitori senza aggravii del prezzo».

Il codice del turismo ha il merito di aver dato rilievo al turista quale portatore di interessi particolari, non sempre coincidenti con quelli del piú generico consumatore¹³⁹.

All'art. 33 sostituisce l'espressione «consumatore di pacchetti turistici» con quella piú specifica di «turista», pur se il significato ad essa attribuito rimane lo stesso. Rimane invece invariato l'utilizzo della locuzione «pacchetto turistico», espressione piú generale rispetto a quella di “contratto di viaggio” comunemente utilizzata dalla dottrina¹⁴⁰. Amplia il pacchetto turistico anche a quelli di durata inferiore o pari alle 24 ore, sí che la tutela per il turista viene estesa a qualsiasi pacchetto turistico di qualunque durata¹⁴¹.

¹³⁹ R. BOCCHINI e M. MONTANARI, *I contratti turistici e telematici*, cit., p. 427.

¹⁴⁰ Nell'ambito di questa figura la dottrina ha individuato quattro sottotipi che si distinguono principalmente per la funzione in essi svolta dalla prestazione di trasporto e sono: “contratto di crociera turistica”, “contratto di organizzazione di viaggio turistico”, “contratto di organizzazione turistica” e “contratto di trasferimento turistico”. Tutte queste tipologie contrattuali sono accomunate non solo dalla finalità turistico-ricreativa ma anche dalla presenza di una pluralità di prestazioni, articolate in vario modo e che possono essere fornite da diversi soggetti, ma che comunque sono dirette al perseguimento di un risultato unitario cui si obbliga l'organizzatore (c.d. *tour operator*). Per ulteriori approfondimenti v. LEOP. TULLIO, *Il contratto di viaggio*, in *Diritto civile. I contratti*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, Milano, 2009, p. 271 ss.

¹⁴¹ Si intendono pacchetti turistici quelli che hanno ad oggetto i viaggi, le vacanze, i circuiti tutto compreso, le crociere turistiche, risultanti dalla combinazione, da chiunque ed in qualunque modo realizzata, di almeno due degli elementi di seguito indicati, venduti od offerti in vendita ad un prezzo forfetario:

- a) trasporto;
- b) alloggio;
- c) servizi turistici non accessori al trasporto o all'alloggio di cui all'articolo 36, che costituiscano, per la soddisfazione delle esigenze ricreative del turista, parte significativa del pacchetto turistico.

Stabilisce che i c.dd. pacchetti turistici o viaggi “tutto compreso” debbano essere redatti in forma scritta, in termini chiari e precisi e una copia, sottoscritta dal venditore o dall’organizzatore, vada rilasciata al turista.

Qualora l’acquisto di un pacchetto turistico da un organizzatore o venditore comunitario avvenga su Internet il requisito della forma scritta e della sottoscrizione della copia del contratto da rilasciare al cliente può essere soddisfatto oltre che con l’invio di un documento cartaceo, anche con quello di un documento informatico al quale sia stata apposta la firma digitale del rappresentante legale o del delegato del venditore che soddisfi i requisiti legali della forma scritta e dell’autenticità della sottoscrizione.

Con riferimento ai soggetti che prendono parte all’organizzazione del pacchetto di viaggio, il codice, rispetto alla normativa precedente, mantiene invariata la nozione di «organizzatore» di viaggio, mentre modifica quella di venditore che diviene «intermediario».

L’organizzatore è colui che «si obbliga in nome proprio e verso corrispettivo forfetario, a procurare a terzi pacchetti turistici, realizzando la combinazione di cui all’art. 34, o offrendo al turista, anche tramite un sistema di comunicazione a distanza, la possibilità di realizzare autonomamente ed acquistare la combinazione» (art. 33,

comma 1, lett. *a*). Sì che il codice del turismo elimina il carattere di esclusività della combinazione del pacchetto rispetto alla previsione di cui all'art. 83 del codice del consumo (abrogato).

In altri termini, mentre prima era considerato organizzatore chi realizzava la combinazione di pacchetti, ora viene considerato tale anche colui il quale si limita a consentire al turista di realizzare autonomamente il pacchetto secondo le sue preferenze. È espressamente previsto, inoltre, che l'organizzatore possa offrire il servizio stesso mediante la comunicazione a distanza. Il legislatore, infatti, consapevole che gli acquisti dei pacchetti turistici sempre più spesso avvengono a mezzo Internet, ha ritenuto necessario offrire ai turisti acquirenti di pacchetti *online* la tutela garantita dal codice.

Intermediario «è il soggetto che, anche non professionalmente e senza scopo di lucro, vende, o si obbliga a procurare a terzi pacchetti turistici realizzati ai sensi dell'art. 34 verso un corrispettivo forfetario o singoli servizi turistici disaggregati» (art. 33, comma 1, lett. *a*). Il legislatore ha scelto di utilizzare la nozione di intermediario piuttosto che quella di venditore, anche se di fatto l'intermediario rimane colui che vende ovvero procura il pacchetto¹⁴².

¹⁴² Sulla qualificazione di tale rapporto come mandato, v. Cass., 8 ottobre 2009, n. 21388, in *iusexplorer.it*, secondo la quale «In caso di stipulazione di un contratto di organizzazione di viaggio da parte di un agente intermediario per

Il codice pone precisi obblighi informativi precontrattuali in capo all'organizzatore e all'intermediario: essi devono fornire informazioni relative al rilascio di passaporto e visto, agli obblighi sanitari, a eventuali soste intermedie nel corso del viaggio e fornire i recapiti telefonici dei loro rappresentanti nel paese di destinazione¹⁴³.

L'art. 36, inoltre, prevede gli elementi che il contratto deve contenere, e cioè, l'esatta descrizione dei servizi turistici offerti, i dati identificativi dell'organizzatore e dell'intermediario, il prezzo e le

conto del viaggiatore, tra quest'ultimo e l'intermediario sorge un rapporto di mandato con rappresentanza, da cui consegue che il viaggiatore è tenuto, *ex art.* 1719 c.c., a somministrare all'intermediario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato e a rimborsargli i fondi eventualmente anticipati per i pagamenti del corrispettivo e delle penali per l'annullamento del viaggio qualora l'agente, in forza di questo rapporto, abbia assunto l'obbligo verso l'organizzatore.

L'agente, inoltre, fin dal momento dell'incasso del prezzo versato da parte del viaggiatore, agendo anche in qualità di mandatario del *tour operator*, da cui riceve le provvigioni, è tenuto al rimborso a favore di quest'ultimo delle somme ricevute dal viaggiatore medesimo, in quanto, come si desume dall'art. 1713, comma 1 c.c., egli deve rimettere al mandante tutto ciò che ha ricevuto a causa del mandato».

¹⁴³ Sull'importanza degli oneri informativi v. P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 327 ss., il quale sostiene che «conoscere è potere, l'informare e l'essere informati rappresentano una necessità dell'intero sistema». In tal senso il bene informazione assume rilevanza all'interno delle relazioni commerciali e più in generale del mercato. V., anche, G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 604 ss. il quale ritiene che la protezione dei consumatori costituisca un imperativo imposto dalla solidarietà sociale *ex art.* 2 cost. e rappresenti un obiettivo proprio dell'Unione europea. E così, tanto più elevato è il livello di informazione dei soggetti che operano nel mercato, tanto maggiore è il tasso di efficienza e di competitività del mercato stesso. In tal senso A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 558 ss., secondo il quale «un mercato più informato è un mercato più efficiente» e L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 349 ss. In particolare, l'a. sottolinea l'importanza di un'informazione adeguata per quantità e per qualità che consente ai consumatori di controllare le varie fasi della relazione intercorrente con chi offre il prodotto o servizio.

modalità di revisione dello stesso, il termine entro il quale il turista deve essere informato dell'annullamento del viaggio per la mancata adesione del numero minimo di partecipanti previsto ecc.

Tutte le informazioni devono essere contenute in un opuscolo informativo sul pacchetto turistico predisposto dall'organizzatore¹⁴⁴ e, nel caso di acquisto su Internet, l'opuscolo informativo può consistere anche in una *brochure* elettronica, mentre i documenti che ne variano i contenuti possono consistere in messaggi elettronici (*email*) su cui sia stata apposta la firma digitale dell'organizzatore o del venditore¹⁴⁵. Al consumatore-turista *online*, infine, è riconosciuto il diritto di recesso da esercitarsi entro 14 giorni (art. 73 codice del turismo); in particolare, l'acquirente su Internet di un pacchetto turistico può esercitare il diritto di recesso senza alcuna penalità, non solo se l'acquisto sia avvenuto con un congruo anticipo, ma anche nel caso in cui il viaggio organizzato sia del tipo *last minute* (venduto cioè a pochi giorni dalla partenza). In questo caso, tale diritto è, però, limitato alla data di partenza del viaggio: se, ad esempio, si acquista

¹⁴⁴ Art. 38, comma 2, c. tur.: «le informazioni contenute nell'opuscolo vincolano l'organizzatore e il venditore a meno che le modifiche delle condizioni ivi indicate non siano comunicate per iscritto al consumatore prima della stipulazione del contratto o vengano concordate, sempre per iscritto, dopo la stipulazione».

¹⁴⁵ Art. 38, comma 3, c. tur.

un viaggio *last minute* con partenza entro i due giorni successivi, il recesso potrà essere esercitato entro tale periodo.

Quando l'organizzatore o l'intermediario prima della partenza abbiano necessità di modificare significativamente alcune condizioni del contratto devono darne comunicazione scritta al turista il quale può decidere entro due giorni di accettarle o meno: qualora, ad esempio, le variazioni di prezzo dovessero apparirgli eccessive, potrà recedere dal contratto senza penali.

Qualora, invece, il viaggio sia già iniziato e alcuni servizi non possano essere erogati, l'organizzatore deve trovare adeguate soluzioni alternative per la prosecuzione del viaggio programmato che non comportino oneri per il turista, oppure è tenuto a rimborsargli la differenza tra le prestazioni originariamente previste e quelle effettuate, salvo il risarcimento del danno. Nell'ipotesi di mancanza di soluzioni alternative o nel caso in cui il turista non le accetti per giustificato motivo, l'organizzatore deve mettergli a disposizione un mezzo di trasporto equivalente per il ritorno al luogo di partenza o ad altro luogo convenuto, e deve restituirgli la differenza tra il costo delle prestazioni previste e quello delle prestazioni effettuate fino al momento del rientro anticipato.

Se, invece, il pacchetto turistico viene cancellato prima della partenza per qualsiasi motivo, tranne che per colpa del turista, questi ha diritto di usufruire di un altro pacchetto turistico di qualità equivalente o superiore senza supplemento di prezzo o di un pacchetto turistico qualitativamente inferiore, previa restituzione della differenza del prezzo, oppure gli è rimborsata, entro sette giorni lavorativi dal momento del recesso o della cancellazione, la somma di danaro già corrisposta, oltre ad avere diritto ad essere risarcito di ogni ulteriore danno dipendente dalla mancata esecuzione del contratto (art. 42).

3. Il mercato del turismo ha subito, soprattutto negli ultimi anni, rilevanti cambiamenti, sia per la propensione sempre più accentuata dei consumatori ad accedere ai nuovi canali di acquisto di servizi turistici, effetto anche della maggiore alfabetizzazione informatica, sia per la loro sempre più avvertita esigenza di combinare pacchetti turistici personalizzati in base ai loro reali bisogni¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Una delle ragioni per le quali il legislatore europeo ha deciso di intervenire nuovamente in materia risiede nella necessità di regolamentare combinazioni di servizi turistici che si trovano giuridicamente in una «zona grigia» o non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva del 1990 (considerando n. 2).

Il turista da semplice *consumer* diviene *prosumer* (*professional-consumer*) e, cioè, assume non solo il ruolo di fruitore della vacanza, ma diventa egli stesso *tour operator* della propria vacanza: R. BOCCHINI e M. MONTANARI, *I contratti*

La direttiva 2015/2302/UE si propone proprio di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e di conseguire un elevato e uniforme livello di protezione per i viaggiatori.

Si applica ai pacchetti offerti in vendita o venduti da professionisti a viaggiatori¹⁴⁷ e ai servizi turistici collegati¹⁴⁸ agevolati da professionisti a viaggiatori (art. 2, comma 1), mentre sono esclusi dall'ambito di applicazione i pacchetti o servizi turistici di breve durata (inferiori alle 24 ore)¹⁴⁹, i pacchetti o servizi turistici collegati organizzati, occasionalmente, senza fine di lucro e a un gruppo limitato di viaggiatori (come, ad esempio, i viaggi d'istruzione organizzati occasionalmente da associazioni ricreative o da scuole), infine, i pacchetti o servizi turistici collegati acquistati «in base a un accordo generale per l'organizzazione di viaggi di natura professionale tra un professionista e un'altra persona fisica o giuridica

turistici e telematici, cit., p. 432. Sull'importanza del ruolo svolto dal consumatore nel mercato, v. L. MEZZASOMA, *Consumatore e Costituzione*, cit. p. 325 secondo il quale il consumatore «da mero soggetto che subisce il mercato diventa uno dei suoi attori principali in quanto viene messo in condizione di poter decidere consapevolmente; egli diventa strumento di regolamentazione del mercato e di riequilibrio dello stesso».

¹⁴⁷ A. BARENGHI, *La tutela del viaggiatore e del turista*, in ID., *Diritto dei consumatori*, Padova, 2017, p. 321 ss.

¹⁴⁸ Per «servizio turistico» si intendono il trasporto di passeggeri; l'alloggio non facente intrinsecamente parte del trasporto di passeggeri e non a fini residenziali; il noleggio di auto e di altri veicoli a motore o di motocicli e ogni altro servizio turistico non facente intrinsecamente parte di quelli espressamente menzionati.

¹⁴⁹ «[...] salvo che sia incluso un pernottamento».

che agisce nell'ambito della propria attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale» (art. 2, comma 2, lett. *a*, *b*, *c*).

Introduce la locuzione «viaggiatore» che, ai sensi dell'art. 3, è «chiunque intende concludere un contratto o è autorizzato a viaggiare in base a un contratto concluso, nell'ambito di applicazione della presente direttiva».

Gli altri soggetti che possono prendere parte all'organizzazione di un pacchetto turistico, sono il «professionista», da intendersi «qualsiasi persona fisica o giuridica che, indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto pubblico o privato, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale nei contratti oggetto della presente direttiva, anche tramite qualsiasi altra persona che agisca in suo nome o per suo conto, in veste di organizzatore, venditore, professionista che agevola servizi turistici collegati o di fornitore di servizi turistici»; «l'organizzatore» e cioè «un professionista che combina pacchetti e li vende o li offre in vendita direttamente o tramite un altro professionista o unitamente a un altro professionista, oppure il professionista che trasmette i dati relativi al viaggiatore a un altro professionista [...]» e il «venditore»,

«il professionista diverso dall'organizzatore che vende o offre in vendita pacchetti combinati da un organizzatore» (art. 3, n. 9).

La direttiva, rispetto alla legislazione precedente, include nella definizione di «pacchetto» un'ampia varietà di scelte: si tratta della «combinazione di almeno due tipi diversi di servizi turistici ai fini dello stesso viaggio o della stessa vacanza», sia quando i diversi servizi siano combinati dallo stesso professionista, anche su richiesta del (o selezionati dal) viaggiatore e prima della conclusione di «un unico contratto» (lett. *a*); sia quando siano conclusi «contratti separati» con diversi fornitori (lett. *b*), ma tali servizi siano acquistati in un unico punto vendita e siano stati selezionati prima che il viaggiatore acconsenta al pagamento (lett. *i*); siano offerti, venduti o fatturati a un unico prezzo forfettario o globale (lett. *ii*); siano «pubblicizzati o venduti con la denominazione di «pacchetto» o con denominazione analoga» (lett. *iii*); siano combinati dopo la conclusione del contratto con il quale il professionista autorizza il viaggiatore a scegliere tra una selezione di tipi di servizi (lett. *iv*); infine se si tratti di servizi acquistati presso professionisti distinti attraverso processi collegati di prenotazione *online*, ove il nome del viaggiatore, gli estremi del pagamento e l'indirizzo di posta elettronica

sono trasmessi dal professionista con cui è concluso il primo contratto a uno piú altri professionisti e il contratto con quest'ultimo o questi ultimi professionisti è concluso al piú tardi 24 ore dopo la conferma della prenotazione del primo servizio turistico» (lett. v).

Gli obblighi informativi precontrattuali a carico dell'organizzatore e del venditore riguardano le caratteristiche principali dei servizi turistici (orari di partenza e di rientro anche se approssimativi, itinerario, destinazione o destinazioni del viaggio, visite, escursioni, mezzi di trasporto, pasti ecc.), i dati dell'organizzatore o del venditore (indirizzo, recapito telefonico), il prezzo totale del pacchetto comprensivo di tasse e gli altri costi aggiuntivi che deve sostenere il viaggiatore, le modalità di pagamento, le informazioni sulla facoltà del viaggiatore di risolvere il contratto in qualunque momento prima dell'inizio del pacchetto dietro corresponsione delle spese di risoluzione e quelle relative alla sottoscrizione facoltativa o obbligatoria di un'assicurazione che copra le spese di annullamento del contratto da parte del viaggiatore o quelle di assistenza in caso di infortunio.

Le informazioni precontrattuali hanno carattere vincolante e formano parte integrante del contratto e l'organizzatore o il venditore

sono tenuti a comunicare al viaggiatore «tutte le modifiche delle informazioni precontrattuali in modo chiaro ed evidente prima della conclusione del contratto di pacchetto turistico» (art. 6, comma 1)¹⁵⁰. Se uno dei professionisti (organizzatore o venditore) non ottemperi agli obblighi d'informazione su imposte, diritti del viaggiatore o eventuali costi aggiuntivi, il viaggiatore non è tenuto al pagamento degli stessi (art. 6, comma 2)¹⁵¹ e l'onere di dare prova dell'adempimento di tali obblighi incombe sul professionista (art. 8).

Il legislatore, quindi, pone un obbligo d'informazione che invade l'area del valore e il regolamento d'interessi, condizionando non la mera validità per mancanza dell'accordo, ma l'esistenza del contratto, ponendo in crisi chi ancora distingue le regole di validità dalle regole di comportamento. Le regole di validità, in quanto sintetizzate in un dover essere, ossia in prescrizioni di obblighi ed oneri di condotta, integrano regole di comportamento¹⁵².

¹⁵⁰ Sul ruolo e l'importanza dell'informazione che, insieme alla trasparenza rappresenta «espressione del tentativo dell'ordinamento di rimuovere il disequilibrio e, per tal via, riportare i due contraenti su di un piano di parità, garantendo l'equilibrio negoziale», V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore» (la novella al codice civile)*, Napoli, 1997, p. 16 ss.

¹⁵¹ Art. 6, comma 2.

¹⁵² G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità*, cit., p. 53 ss; S. GIOVA, *La tutela del consumatore telematico*, cit. p. 118.

È onere degli Stati membri provvedere affinché i contratti di vendita di pacchetti turistici siano formulati con un linguaggio chiaro e comprensibile e, nel caso in cui abbiano forma scritta, leggibile; è previsto che gli organizzatori e i venditori debbano fornire, contemporaneamente alla conclusione del contratto ovvero subito dopo (senza ingiustificato ritardo), copia o conferma del contratto su un «supporto durevole»¹⁵³.

Quando il contratto venga stipulato alla contestuale presenza delle parti, il viaggiatore ha diritto di ottenere una copia cartacea del contratto stesso, anche se stipulato fuori dai locali commerciali (art. 7).

Precise indicazioni sono fornite per la revisione dei prezzi, che possono essere aumentati solo se le modifiche riguardino una lista espressamente indicata che per lo più fa riferimento a maggiorazioni dovute a terzi non direttamente coinvolti nell'organizzazione (prezzi di trasposto in funzione dell'aumento di carburante, tasse e diritti sui servizi imposte da terzi ecc.).

¹⁵³ Ai sensi dell'art. 3, n. 11 è considerato «supporto durevole»: «ogni strumento che permetta al viaggiatore o al professionista di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in un futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che consenta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate».

Qualora l'aumento ecceda l'8% del prezzo complessivo, il viaggiatore può chiedere la risoluzione del contratto senza pagare spese per la stessa¹⁵⁴. Spese non dovute anche nel caso di risoluzione dovuta a circostanze straordinarie verificatesi nel luogo di destinazione. Negli altri casi (quando cioè il viaggiatore risolva il contratto di pacchetto prima dell'inizio del pacchetto), le spese di risoluzione devono essere ragionevoli, adeguate e giustificabili.

Nel caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, secondo noi da intendersi anche quelli conclusi per via telematica, la direttiva lascia agli Stati membri la possibilità di riconoscere al viaggiatore un diritto di recesso da esercitarsi senza motivazione entro 14 giorni dalla conclusione del contratto e prima che sia iniziata la fruizione del pacchetto.

In continuità con la precedente direttiva sui viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso (90/314/CEE), la nuova direttiva stabilisce il diritto di cessione del contratto di pacchetto turistico ad un altro viaggiatore, purché venga dato un preavviso ragionevole che l'art. 9 considera di 7 giorni prima dell'inizio del pacchetto.

¹⁵⁴ La direttiva abbassa il tetto previsto dalla Proposta di direttiva relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici assistiti 2013/0246 (COD), che poneva al 10% il tetto massimo per gli aumenti di prezzo.

Di particolare interesse, infine, è la previsione che imputa all'organizzatore la responsabilità della corretta esecuzione di tutti i servizi turistici offerti nel pacchetto, salvo che il diritto nazionale riconosca la responsabilità di entrambi i professionisti, venditore e organizzatore (art. 13)¹⁵⁵.

4. Dal quadro delineato sembra di poter affermare che con la direttiva 2015/2302/UE il legislatore comunitario sia riuscito nell'intento di rafforzare i diritti dei viaggiatori, sia quando essi utilizzano i canali di acquisto tradizionali, sia quando effettuano le loro scelte attraverso Internet; sia se si determinano all'acquisto di pacchetti confezionati dai professionisti, sia quando decidono da

¹⁵⁵ Il diritto del viaggiatore al risarcimento dei danni (patrimoniali e non patrimoniali) subiti a causa dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento delle prestazioni dedotte nel contratto di viaggio è escluso solo in tre ipotesi (art. 14, par. 3, della nuova direttiva). In tal senso, il risarcimento non è dovuto qualora l'inadempimento sia colposamente imputabile al viaggiatore. In secondo luogo, l'obbligazione risarcitoria in capo all'organizzatore non sorge qualora l'inadempimento sia imputabile ad un soggetto terzo che risulti estraneo alla fornitura dei servizi inclusi nel contratto di viaggio. Infine, il diritto al risarcimento dei danni è escluso se l'inesatta o la mancata esecuzione del pacchetto sia dovuta a «circostanze inevitabili e straordinarie» (e non più «a un caso di forza maggiore», così come stabilito dalla dir. 90/314/CEE), tali da escludere la responsabilità risarcitoria del *tour operator* ma anche da giustificare una sorta di “recesso per giusta causa” ad opera di entrambe le parti contrattuali qualora tali circostanze si verificano prima dell'inizio dell'esecuzione del viaggio.

soli la combinazione dei servizi che meglio rispondono alle loro reali esigenze.

Il sistema di tutela è rafforzato anche dall'enfasi data alla fase precontrattuale, con la previsione di obblighi informativi vincolanti, la cui mancanza, in continuità con la direttiva sui diritti dei consumatori (2011/83/UE) condiziona l'esistenza del contratto.

Con l'equiparazione tra pacchetto acquistato presso le agenzie di viaggio e pacchetto acquistato *online* e con il riconoscimento degli stessi diritti per il viaggiatore telematico, il provvedimento ha il merito di eliminare definitivamente la barriera tra acquisti via *web* e presso le agenzie di viaggio che aveva caratterizzato la normativa del 1990, quando la Rete non aveva la diffusione di massa che ha oggi.

La direttiva, che ha carattere imperativo, dovrebbe anche eliminare le divergenze di legislazione tra gli Stati membri, effetto dell'elevata discrezionalità che la direttiva del 1990 aveva loro lasciato in sede di recepimento. In particolare, impone che i viaggiatori non possano rinunciare ai diritti conferiti dalle norme nazionali che recepiscono la direttiva e, se vi siano clausole contrattuali o dichiarazioni che limitino i diritti derivanti dalla direttiva, allo scopo di eludere la sua applicazione, non vincolano il viaggiatore.

Per quanto riguarda il nostro Paese, certamente il codice del turismo prevede già una parte della tutela apprestata dalle direttive, pertanto l'Italia dovrà adeguare la propria legislazione senza tuttavia stravolgerla.

5. Il rifiuto di una concezione statica di consumatore a favore di una sua connotazione dinamica, attenta al caso concreto è confermata dal fatto che anche i soggetti minori d'età possono essere consumatori: di ciò è consapevole il codice del consumo che in più parti fa riferimento proprio ai minori.

L'art. 25 c.cons. in materia di pubblicità ingannevole, ad esempio, fa riferimento ai messaggi pubblicitari di cui sono destinatari i bambini e gli adolescenti che possano in qualche modo mettere in pericolo la loro sicurezza, ovvero approfittino della loro incredulità¹⁵⁶; o ancora, l'art. 31, c. cons. ove si afferma che «la televendita non deve esortare i minorenni a stipulare contratti di compravendita o di

¹⁵⁶ Art. 25 c. cons: «Nel determinare se una pratica commerciale comporta, ai fini del presente capo, molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, sono presi in considerazione i seguenti elementi: a) i tempi, il luogo, la natura o la persistenza;

b) il ricorso alla minaccia fisica o verbale;

c) lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto».

locazione di prodotti e di servizi, non deve arrecare pregiudizio morale o fisico ai minorenni e deve rispettare determinati criteri a tutela dei minori¹⁵⁷»; l'art. 103 comma 1, n. 4, c. cons. sulla sicurezza dei prodotti, stabilisce che nella determinazione della sicurezza di un prodotto, è necessario tenere in considerazione quelle categorie di consumatori che sono maggiormente esposte a rischio nell'utilizzazione del prodotto, particolarmente minori e anziani¹⁵⁸.

¹⁵⁷Si precisa che l'art. 28, c. cons. fornisce la definizione di televendita, limitandosi semplicemente a riproporre la nozione così come formulata dalla direttiva 97/36/CE, a sua volta riproposta dal regolamento in materia di pubblicità radiotelevisiva e televendite, adottato dall'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni, con delibera n. 538 del 2001 (e successive modifiche). Più in particolare, con il termine "televendite" si intendendo tutte «le offerte dirette trasmesse al pubblico attraverso il mezzo televisivo ... allo scopo di fornire, dietro pagamento, beni o servizi, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni».

È evidente che l'art. 28, c. cons. abbia un contenuto molto ampio, ricomprendendo tutti quei fenomeni equiparabili alle televendite, volti a indurre in inganno il consumatore portandolo a concludere un contratto svantaggioso o non realmente voluto.

Dalla formulazione utilizzata dal legislatore emerge altresì che la televendita rappresenta un particolare tipo di iniziativa pubblicitaria, con i requisiti di una vera e propria proposta di contratto ("offerta") *in incertam personam* ("al pubblico"), che produce effetti non semplicemente promozionali, bensì specifici effetti diretti, aventi cioè un preciso rilievo giuridico sotto il profilo negoziale.

Si tratta dunque di una vera e propria offerta al pubblico così come disciplinata dall'art. 1336 c.c., ovvero, di una di una offerta pubblica veicolata attraverso il mezzo televisivo e dotata del valore vincolante di proposta ai fini del perfezionamento del contratto di scambio. Per ulteriori approfondimenti, cfr. A. CARDILE, *Artt. 28-32 c. cons.*, in E.M. TRIPODI e C. BELLÌ (a cura di), *Codice del consumo. Commentario del d.lg. 6 settembre 2005, n. 206*, Bologna, 2008, p. 166 ss.

¹⁵⁸ Per "sicurezza del prodotto" si intende «assenza di rischi ovvero presenza di rischi minimi», considerati cioè accettabili, al fine di garantire un elevato livello di tutela della salute e della sicurezza dei consumatori (art. 103, comma 1, c. cons.).

Come è stato osservato, si tratta di una clausola generale (la nozione di "sicurezza" e di "prodotto sicuro") con cui si viene a determinare l'ambito dei

Altre volte il codice del consumo, volutamente non fa riferimento ad uno o piú soggetti in particolare, allo scopo di indirizzarsi a tutti, compresi i minori d'età.

Si pensi all'art. 18, c. cons. che individua l'ambito di applicazione della disciplina della pubblicità e che considera consumatore o utente «anche la persona fisica o giuridica cui sono dirette le comunicazioni commerciali o che ne subisce le conseguenze», ma anche all'art. 20 lett. b, c. cons. che qualifica come ingannevole la pubblicità idonea a indurre in errore le persone fisiche o giuridiche a cui è rivolta.

Da tali osservazioni sembra potersi rilevare che il codice del consumo manifesta una particolare considerazione per il consumatore-minorenne. Eppure, nonostante le disposizioni destinate al

rischi gravanti sul consumatore, alla luce di precisi criteri imposti che consentono di qualificare un prodotto come sicuro o meno quali ad esempio, [...] le caratteristiche e la presentazione del prodotto, le istruzioni per l'uso e l'individuazione delle categorie di consumatori maggiormente esposte a rischi, quali i minori d'età. Sul tema, si veda A. ALBANESE, *La sicurezza generale dei prodotti e la responsabilità del produttore nel diritto italiano ed europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 977, spec. p. 989.

Il legislatore quindi, considerato il bene giuridico tutelato, costituito dalla salute dei consumatori, richiede uno *standard* elevato di sicurezza, il quale comporta che il prodotto venga costruito in modo tale da non presentare rischi o comunque rischi minimi.

A tal proposito, inoltre, occorre sottolineare che analogamente alla disciplina del c.d. danno da prodotto, anche in questo caso la nozione di prodotto sicuro non si identifica con quella di prodotto non pericoloso, ma costituisce una categoria piú ampia, che si basa sulle aspettative di sicurezza della generalità dei consumatori, cui il prodotto è destinato. Sul danno da prodotto, ampiamente, G. PONZANELLI, *Responsabilità oggettiva del produttore e difetto di informazione*, in *Giur. it.*, 2004, p. 546 ss.

consumatore in generale, ovvero specificamente riservate ai minori, sorgono dubbi sull'adeguatezza della tutela che il nostro ordinamento riserva al minore parte del rapporto di consumo¹⁵⁹.

Ad oggi, una consistente fetta di mercato è dedicata proprio al consumatore minore d'età. Gli imprenditori sono infatti ben consci sia della capacità di consumo diretta dei minorenni, sia della loro capacità di influenzare le scelte di consumo degli adulti.

Internet svolge un ruolo fondamentale nella pubblicizzazione di prodotti appositamente destinati ai bambini. Gran parte dei messaggi pubblicitari, infatti, sono destinati ai minori che vengono invogliati al consumo di beni loro direttamente diretti, ovvero indotti a sollecitare i loro genitori al consumo di beni destinati ad un pubblico adulto.

I minori sono quindi perfettamente consapevoli di scegliere se e quali prodotti consumare, anzi, essi costituiscono per gli imprenditori la categoria di consumatori più appetibile, proprio per la loro

¹⁵⁹ Nonostante le trattazioni manualistiche non affrontino il problema in maniera manifesta, è facile constatare che i minori ogni giorno concludono numerosissimi contratti. Come è stato infatti osservato «nel mondo del diritto privato i codici civili, le leggi speciali, e le regole giurisprudenziali non affrontano compiutamente il tema dei contatti negoziali e dei contratti del minore», Così G. ALPA e M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005, p. 268.

connaturata incredulità che li rende particolarmente inclini al consumo¹⁶⁰.

Nella sua vita quotidiana il minore instaura autonomamente e senza l'intervento di alcuno una serie di rapporti obbligatori; si pensi all'acquisto di fumetti, figurine, giochi, ma anche servizi cui il minore accede come, ad esempio, trasporti, servizi telefonici, sportivi ecc.

Bisogna quindi chiedersi se le regole giuridiche siano idonee a risolvere gli eventuali problemi connessi con questa realtà e quale sia il trattamento giuridico da riservare ai rapporti instaurati dai minori.

Il tema dei contratti dei minori, poco trattato dalla dottrina, è un fenomeno giuridico che, come tale, sottende un interesse ritenuto

¹⁶⁰ Uno studio di *Kids Marketing* condotto da S. IRONICO, *Come i bambini diventano consumatori*, Bari-Roma, 2010, ha constatato che i bambini non nascono consumatori ma lo diventano grazie all'attivazione di processi sociali intenzionalmente diretti ad educare i bambini al consumo. La televisione e Internet infatti hanno un ruolo fondamentale nella formazione del bambino consumatore. I bambini fin dai primi anni hanno una c.d. «dipendenza da negozio», che li rende avvezzi al consumo, anche mediante l'osservazione e la conseguente emulazione dei comportamenti degli adulti, sviluppando così un'abilità al consumo.

Il consumo da un punto di vista sociologico è stato definito come «*la principale forza che alimenta e fa funzionare la società* e coordina la riproduzione sistemica, l'integrazione sociale, la stratificazione sociale e la formazione degli individui, oltre a svolgere un ruolo di primo piano nei processi di autoidentificazione individuale e di gruppo e nella scelta e ricerca di modi per orientare la propria esistenza», così Z. BAUMAN, *Consumo dunque sono*, Bari, 2007, p. 5 ss.

rilevante per il diritto¹⁶¹; in questo caso, come osservato, gli interessi tutelati sono almeno tre: a) quello superiore del minore; b) quello alla circolazione delle merci e dei servizi; c) quello alla stabilità degli affari, tutti strettamente correlati tra di loro¹⁶².

Secondo l'ordinamento italiano, il minore è un soggetto di diritto titolare di una serie di posizioni soggettive, attive e passive, ma privo della capacità di agire, che acquista al compimento del diciottesimo anno di età; prima di allora è soggetto alla potestà dei genitori¹⁶³.

La potestà genitoriale in teoria è generale, pur tuttavia, vi sono fattispecie in cui l'ordinamento riconosce al minore la capacità di compiere determinati atti.

¹⁶¹ Sulla nozione di "interesse" v. S. PUGLIATTI che lo definisce come «la tipica utilità riferibile al qualsiasi entità del mondo esterno», in *Enc. dir.*, Milano, 1962, p. 16.

¹⁶² G. ALPA, *I contratti del minore. Appunti di diritto comparato*, in *Contr.*, 2004, p. 517 ss.

¹⁶³ In una prospettiva comparatistica, appare opportuno un confronto con l'ordinamento tedesco (BGB: § 105 comma 1 e § 106) e quello austriaco (ABGB: § 865) che prevedono per il minore una limitata capacità di agire per il compimento di alcuni atti e fissano tale limite a sette anni. Particolarmente significativa è l'esperienza tedesca. Il paragrafo 105 stabilisce infatti, in maniera perentoria, che la dichiarazione di volontà di un incapace di agire è nulla, così come è nulla anche la dichiarazione di volontà emessa in stato di incoscienza o di transitorio turbamento dell'intelletto. Il legislatore tedesco ha equiparato lo stato di incapacità di agire con quello dello stato di incoscienza o di transitorio turbamento dell'intelletto. Il rigore del principio però viene attenuato nel successivo § 106 il quale, rubricato "limitata capacità di agire dei minorenni", stabilisce che un minorenne che abbia compiuto il settimo anno di vita è limitato nella capacità di agire secondo i §§ da 107 a 113, creando in tal modo una disparità di trattamento fra i minori di età inferiore e superiore a sette anni.

In particolare, è riconosciuta al minore una capacità lavorativa e quindi la capacità di far valere i diritti collegati al rapporto di lavoro (art. 2 c.c.); al contempo, il minore ammesso a contrarre matrimonio può dare il suo consenso assistito dal genitore per le convenzioni matrimoniali e in più, l'art. 273 c.c. attribuisce al minore che abbia compiuto i 16 anni il diritto di prestare il proprio consenso per promuovere o proseguire l'azione di dichiarazione giudiziale della paternità o maternità naturale.

Il minore è, inoltre, titolare di un diritto di ascolto, così come sancito dalla Convenzione sui diritti del fanciullo¹⁶⁴ e dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁶⁵ e vi è altresì chi ritiene che al minore possa essere riconosciuta una capacità di discernimento in riferimento alla sfera della libertà sessuale, nel caso

¹⁶⁴ Convenzione approvata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176. Quello all'ascolto è un diritto che costituisce uno dei valori fondamentali della Convenzione, insieme al diritto di non discriminazione, alla vita, nonché alla primaria considerazione del suo superiore interesse (*best interest*); si tratta di uno dei diritti di partecipazione, che fa parte del processo di crescita maturativa di ogni persona di età minore e, dunque, riguarda il pieno sviluppo della personalità e dell'identità del fanciullo e anche il processo di crescita come cittadino e, quindi, il raggiungimento della piena libertà sociale. Per un'analisi della norma, v. A. GRAZIOSI, *Note sul diritto del minore ad essere ascoltato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 1283 ss.

¹⁶⁵ Entrata in vigore il 1 dicembre 2009, all'art. 24 prevede che: «in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente».

in cui non sia perseguibile chi intrattiene rapporti sessuali con un minore che abbia compiuto 16 anni¹⁶⁶.

Sulla definizione del grado di incapacità del minore in assenza di una norma che attribuisce la capacità di compimento di specifici atti al minore, si pone il problema di bilanciare l'esercizio della funzione educativa e la libertà di discernimento del minore¹⁶⁷.

In altri termini, è necessario bilanciare la libertà del genitore di adottare metodi educativi che più ritiene adatti con la libertà personale e la tutela dei diritti fondamentali del minore¹⁶⁸.

I genitori, infatti, svolgono la funzione di rappresentanti legali e pongono in essere nei confronti del minore tutti gli atti di amministrazione dei beni (ordinaria e straordinaria).

¹⁶⁶ Sul punto, D. DI SABATO, *Il contratto del minore tra incapacità di contrarre e capacità di contrattare*, in *Riv. dir. impr.*, 2011, p. 79 ss.

¹⁶⁷ Sul bilanciamento della funzione educativa e della libertà del minore v. G. GIACOBBE, *Libertà di educazione, diritti del minore e potestà dei genitori nel nuovo diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 705 ss. e P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, *ivi*, 1983, p. 1147 ss.

¹⁶⁸ Così D. DI SABATO, *Il contratto del minore tra incapacità di contrarre e capacità di contrattare*, *cit.*, p. 75 ss.

Sul giusto compromesso tra la potestà genitoriale e la libertà del minore vedasi P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, *cit.*, p. 498 ss. il quale osserva che «questo significa crescere insieme. Non si tratta di esaltare la potestà dei genitori e di negare la libertà dei minori, ma di trovare un giusto equilibrio tra queste due esigenze, entrambe rivolte al libero sviluppo delle persone componenti la comunità familiare». L'a. ridefinisce dunque il rapporto educativo, alla luce di principi di uguaglianza e di unità della famiglia, come «correlazione di persone», superando in tal modo il concetto di potestà inteso come potere-soggezione. La funzione della potestà, fondamentale per la crescita del fanciullo, «non può però mortificare l'esercizio dei diritti fondamentali di questi».

Il potere di agire in nome e per conto del minore è esteso a tutti gli atti per i quali è ammessa la rappresentanza, rimanendo esclusa solo per gli atti c.dd. personalissimi (donazione, riconoscimento dei figli, testamento).

Si tratta di una rappresentanza *ex lege*, un potere cioè assegnato dalla legge nell'interesse esclusivo del minore e che il genitore deve esercitare per la cura dei suoi interessi¹⁶⁹.

Sulla sfera giuridica del minore ricadono gli effetti patrimoniali, ma per le obbligazioni assunte risponde il rappresentante in caso di inadempimento.

La sanzione comminata per l'atto posto in essere in violazione delle norme sulla rappresentanza non è l'inefficacia, come nella rappresentanza in generale ma l'annullabilità¹⁷⁰; l'atto è annullabile su istanza dei genitori esercenti la potestà, del figlio o dei suoi eredi o aventi causa.

¹⁶⁹ In tal senso la posizione del genitore può essere assimilata a quella del rappresentante – mandatario, per il quale l'obbligo della condotta deriva da un atto di autonomia privata.

Il genitore però, non è tenuto all'obbligo di rendiconto che grava invece sul mandatario e anche sul tutore nel caso di decadenza ovvero impedimento all'esercizio della potestà da parte di entrambi i genitori (artt. 343 e 385 c.c.).

¹⁷⁰ Non sarebbe infatti possibile la ratifica dell'atto da parte del rappresentato che nel caso del minore è incapace.

Il legislatore distingue tre categorie di atti: quelli di ordinaria amministrazione per i quali è legittimato ad agire ciascun genitore disgiuntamente, i contratti con cui si concede a terzi un diritto personale di godimento che devono essere sottoscritti da entrambi i genitori, così come prescrive la legge, e infine quelli di straordinaria amministrazione per i quali occorre l'autorizzazione del giudice tutelare.

Il minore è, dunque incapace di contrarre: i contratti eventualmente conclusi sono annullabili *ex art. 1425 c.c.* e l'azione diretta all'annullamento può essere proposta dal minore che nel frattempo ha raggiunto la maggiore età o dai genitori con la preventiva autorizzazione del giudice tutelare.

Un contratto stipulato con un minore sarà invece validamente concluso solo nel caso in cui il genitore, in qualità del legale rappresentante, abbia agito in suo nome e per suo conto.

L'ordinamento dunque sembrerebbe apparire distante dalla realtà concreta. Il minore, infatti, instaura nella sua quotidianità molteplici

rapporti contrattuali e molti beni di consumo sono destinati a bambini che vengono sollecitati ad acquistarli¹⁷¹.

Nella realtà quindi una serie di rapporti di consumo si costituiscono, si svolgono e si estinguono sistematicamente, eppure per l'ordinamento sono invalidi. In tali casi la sanzione che la legge prevede è l'annullabilità, quindi l'atto resta pienamente efficace fino a quando non interviene la sentenza che ne dichiara l'annullabilità¹⁷².

Tuttavia, deve considerarsi che l'ordinamento prevede l'annullabilità tenuto conto della presunta mancanza di discernimento del minore che, in verità, pur compiendo atti che gli sarebbero vietati, dimostra di possedere una capacità di scelta molto spesso superiore a quella degli adulti.

Questa inadeguatezza del nostro ordinamento appare oltremodo rischiosa se si considera che si tratta di minori e quindi di soggetti particolarmente meritevoli di tutela.

In piú, gli imprenditori dal canto loro, tollerano il rischio di subire l'annullamento dei contratti conclusi con i minori.

¹⁷¹ Per una lettura di piú ampio respiro sul tema, vedasi M. CINQUE, *Il minore contraente*, Padova, 2007, p. 9 ss.

¹⁷² Sul punto cfr. anche F.D. BUSNELLI, *Capacità e incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 60 ss., il quale sostiene che l'azione debba essere autorizzata dal giudice ex art. 322 c.c.

Di fatto, il rischio che corrono gli imprenditori è molto raro: sono infatti pressoché inesistenti le controversie aventi ad oggetto l'annullamento di contratti a causa della minore età del contraente e questo è giustificato dal fatto che il valore dei contratti stipulati dal minore sono generalmente di modico valore, rendendo inconveniente l'instaurazione di un giudizio.

Siamo quindi di fronte a rapporti che esistono nella realtà ma che non sono disciplinati in maniera idonea dall'ordinamento.

C'è chi per evitare l'invalidità del contratto stipulato dal minore sostiene che questi opererebbe come rappresentante del genitore o tutore, che nel concedergli una somma di denaro, gli consentirebbe implicitamente una procura all'acquisto¹⁷³.

Il minore incapace dunque, agirebbe in qualità di rappresentante del proprio genitore provvisto di rappresentanza legale che in tal modo sarebbe in grado di manifestare validamente la volontà del rappresentato.

Questa teoria, però, non tiene in conto il fatto che il potere di rappresentanza conferito ai genitori nell'ambito dell'esercizio della

¹⁷³ Così tra gli altri, G. ALPA, *I contratti del minore. Appunti di diritto comparato*, cit., p. 517 ss.

potestà genitoriale connota una funzione necessaria che difficilmente può essere trasferita ad altri, né tantomeno al rappresentato incapace nei cui confronti è prevista la sostituzione.

Si potrebbero allora cercare altre soluzioni per evitare di considerare invalido il contratto concluso dal minore.

Più in particolare, si potrebbero individuare alcuni contratti rispetto ai quali il minore è dotato di una limitata capacità di agire.

Il minore, infatti, anche se privo di capacità di agire è comunque in grado di esercitare i diritti fondamentali e quindi ad esempio è in grado di manifestare la sua volontà di aderire ad associazioni sportive senza scopi di lucro.

Si potrebbe allora riconoscere al minore una limitata capacità di agire nei contratti di modico valore, che non coinvolgano in maniera rilevante la sfera patrimoniale: questa soluzione permetterebbe di evitare la sanzione dell'annullabilità in tutti quegli acquisti che prevalentemente compie il minore nella sua quotidianità.

Stessa soluzione potrebbe proporsi per i contratti aventi ad oggetto beni di prima necessità: in questo caso, il minore pone in essere una

scelta forzata che non richiede una particolare capacità di discernimento¹⁷⁴.

O ancóra, nell'attuale silenzio del legislatore, considerato il mutato stile di vita dei minori, si potrebbe abbassare il limite per il conseguimento della maggiore età, oppure si potrebbero fissare delle fasce di età entro le quali si riconosca la possibilità di compiere determinati atti.

Infine, si potrebbe ipotizzare un tipo di sanzione diverso e stabilire per esempio che il contratto stipulato che coinvolge il minore vincoli solo l'adulto capace, mentre al minore è concessa la possibilità di sciogliersi dal vincolo contrattuale.

6. Nelle scelte di consumo gioca un ruolo fondamentale l'utilizzo dei *social networks*: questi, infatti, hanno cambiato le abitudini di consumo sia dei minori d'età che degli adulti, sí da costituire lo spazio virtuale sul quale orientare i propri acquisti.

L'atto d'acquisto è diventato ormai una pratica sociale e l'interazione tra i consumatori avviene sovente sulle piattaforme.

¹⁷⁴ Sul punto, *amplius*, M. CINQUE, *Il minore contraente*, cit., p. 116 ss.

Quello dei *social networks*, però, è un fenomeno non semplice da inquadrare dal punto di vista giuridico, non solo per la sua estraneità al mondo del diritto, ma soprattutto a causa del sostanziale mutamento dei rapporti sociali¹⁷⁵.

La diffusione dei mezzi informatici ha infatti modificato la fisionomia delle relazioni sociali.

Ormai gli interessi in gioco e i probabili conflitti non sempre sono coincidenti con i c.dd. rapporti sociali *off line*. Basti pensare che il servizio voce tradizionale è ormai sostituito dalle applicazioni vocali fornite ad esempio da Skype, Google Voice, Viber, ovvero i servizi di sms registrano fenomeni di sostituzione dalle *app* (Whatsapp, WeChat, Facebook Messenger ecc.¹⁷⁶

¹⁷⁵ I *social networks* si sono perfettamente integrati con le c.dd. comunicazioni mobili. Negli ultimi anni, infatti, il numero di utenti dei *social networks* via mobile si è sviluppato grandemente, e ciò significa che confrontando i dati relativi agli utenti connessi via computer, il fattore determinante dello sviluppo dei *social* è proprio la perfetta armonia tra le pratiche di uso dei *social networks* e le nuove modalità di connessione alla rete mediante dispositivi mobili.

¹⁷⁶ V. Relazione Agcom 2014, *L'espansione dell'ecosistema connesso e processi di sostituzione*, in <http://www.agcom.it/documents>, nella quale viene sottolineato che «l'emergere di nuove forme di relazioni sociali che si affermano rapidamente in rete, ambiente digitale privilegiato per le comunicazioni interpersonali e la costruzione stessa della sfera sociale dell'individuo. In questo ambito non sono solo i fornitori di servizi VoIP e di messaggistica *online* a fare concorrenza alla Telco, ma assumono un ruolo sempre più decisivo i siti di social networking (Facebook, Twitter, Instagram), i quali espandono in maniera crescente la loro sfera di influenza, comprendendo non più esclusivamente l'ambito privato e personale».

I siti di *social networks*, infatti, rappresentano ormai un canale fondamentale attraverso il quale i soggetti possono coltivare le loro relazioni personali e soprattutto uno strumento per esprimere la loro individualità.

Da servizio di nicchia sono diventati in pochissimo tempo un punto di incontro di milioni di persone, una vera piattaforma di condivisione e discussione di contenuti culturali, politici ed economici.

I siti di *social networks* rappresentano uno dei mezzi di diffusione attraverso il quale è riconosciuto *ex art. 21 cost.* il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero. Anche l'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo dell'ONU riconosce il diritto a «cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere». L'art. 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo sancisce altresì il diritto alla libertà d'espressione che «include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera», e questo diritto si esercita anche attraverso i siti di *social networks*¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Sul punto cfr. R. CATERINA, *La libertà di comunicazione: il fenomeno dei social network*, in C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *Internet e Diritto civile*, Napoli, 2015, p. 117 ss.

È proprio la varietà dei caratteri fisionomici dei *social networks* a non consentire una trattazione unitaria, ma solo un'indagine che ha per oggetto la creazione di una categoria costruita intorno ad alcuni prototipi tra quelli più famosi e in uso – come Facebook, Twitter – per offrire strumenti per la corretta individuazione dei tipi di problemi dei *social networks*.

I siti di *social networks*, infatti, possono essere progettati per offrire servizi professionali¹⁷⁸, ludici, pratici o assistenziali¹⁷⁹.

Alcuni prevedono chiaramente che i servizi siano destinati ad uso personale ed escludono che soggetti diversi dalle persone fisiche possano iscriversi.

Altre piattaforme, invece, hanno predisposto particolari condizioni contrattuali finalizzate a realizzare gli obiettivi pubblicitari e la diffusione dei loro prodotti attraverso l'offerta della creazione di un *account* pubblicitario che comprende uno o più gruppi di inserzioni, suscettibili di essere oggetto di visualizzazioni o azioni.

¹⁷⁸ Ad esempio LinkedIn è un *social network* creato per facilitare gli utenti a trovare lavoro e a connettersi con partner commerciali.

¹⁷⁹ Cfr. SharEurope, un *social network* che permette di condividere la propria esperienza all'estero in Europa con chi è intenzionato a farla

Per questo il *social network* prevede un costo per tali inserzioni, predefinendo il *budget* giornaliero o totale per *click*¹⁸⁰, per visualizzazioni¹⁸¹ o per azione¹⁸².

In quasi tutti i casi è ammessa l'iscrizione dei minori, con la previsione di un'età minima variabile e previa richiesta dell'assenso dei genitori o del tutore.

Le difficoltà dei giuristi aumentano, poiché tutta la disciplina dei rapporti con gli utenti è stabilita dai *social networks*, con la conseguente circolazione di regolamenti¹⁸³ – di solito formulati negli Stati Uniti – che ricevono una semplice traduzione linguistica per consentirne l'accettazione dagli utenti di tutto il mondo.

¹⁸⁰ Si differenziano i *clicks* singoli considerati come il numero complessivo di persone che hanno cliccato sull'inserzione; i *clicks* sociali come il numero di *click* che l'inserzione riceve quando è mostrata con le informazioni sociali; i *clicks* sui *links* come il numero di *click* sui *links* visualizzati sull'inserzione o pagina che rimandano le persone a siti esterni al *social network* grazie all'utilizzo dell'inserzione.

¹⁸¹ Le *visualizzazioni* sono il numero di volte che l'inserzione è mostrata alla persona.

¹⁸² Le *azioni* sono il numero di azioni eseguite sull'inserzione dopo che a qualcuno è stata mostrata l'inserzione pur non avendo cliccato sulla stessa.

¹⁸³ Si veda G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2008, p. 2 ss. il quale ritiene che «emerge, soprattutto, un fenomeno recente, legato alla dimensione globale dei mercati: il contratto, pur se destinato a regolare rapporti interni ad uno Stato, è pensato e scritto sulla base di un modello del tutto estraneo all'ordinamento italiano, in particolare sulla base del sistema statunitense adottato perché ha la capacità di circolazione globale».

Tali regolamenti, però, sono sottratti all'ordinamento giuridico dell'utente, cosicché si può constatare la diffusione di un diritto globale non statale, stabilito da una serie di regolamenti privati e accordi che sfuggono al controllo degli ordinamenti nazionali.

Pur tuttavia, la svalutazione della funzione regolamentare degli ordinamenti nazionali è determinata non solo dalla globalizzazione delle relazioni sociali e dal tentativo dei *social networks* di imporre regolamenti di tipo convenzionale che intendono disciplinare tutte le possibili questioni, riducendo al minimo anche l'operatività della legge applicabile indicata nell'accordo concluso tra gestore e utente, ma soprattutto dalla tendenza dei *social* a limitare i probabili conflitti mediante la prospettazione di una peculiare disciplina che esclude obblighi di prestazioni a carico delle parti.

La considerazione esclusiva della formulazione letterale delle condizioni più diffuse poste dai *social* ha portato la dottrina a ritenere che la creazione di un profilo e l'accettazione contestuale delle condizioni d'uso comportano la nascita di un rapporto tra il *social network* e l'utente a titolo gratuito, come appare spesso anche dalla pubblicizzazione della gratuità del servizio offerto sin dalla *home page* del sito; che il *social network* non è obbligato a fornire il

servizio, neanche per una durata minima, né deve assicurare il corretto funzionamento della piattaforma; che l'utente non risulta obbligato a pagare un corrispettivo, e, al pari del *social network*, può recedere in qualsiasi momento; che il *social* non solo non è obbligato ad alcunché ma, è sottratto ad ogni modo ad ogni responsabilità mediante clausole di esonero.

L'assenza di obblighi di prestazione, dunque, consente di escludere inadempimenti sia dei *social networks* che dell'utente, con conseguente difficoltà nella configurazione della responsabilità contrattuale.

Un'altra questione che si pone nell'utilizzo dei *social networks* è la tutela dell'anonimato.

Nel dettaglio, la libertà di espressione garantita dai *social networks* viene per così dire esaltata dalla possibilità, offerta dai gestori dei *social*, di utilizzare un nome diverso da quello reale.

Di conseguenza, se il gestore consente all'utente di utilizzare un nome fittizio, non potrà rivelare a terzi il vero nome dell'utente, ovvero i dati per identificarlo.

Orbene, la tutela dell'anonimato intesa come strumento per l'esercizio della libertà di espressione, ma anche come diritto alla protezione dei propri dati personali deve bilanciarsi con la necessità di individuare i responsabili di eventuali illeciti.

È chiaro che «l'altra faccia della medaglia della maggiore libertà concessa dallo schermo dell'anonimato consiste, infatti, in una riduzione delle barriere, di natura sociale o istituzionale, preordinate a prevenire la commissione di illeciti»; l'anonimato può anche costituire, «per via dell'assottigliamento delle norme sociali che governano il discorso nominativo, uno strumento di diffamazione a basso costo, *harassement* sessuale, incitazione all'odio razziale e ideologico»¹⁸⁴.

Si tratta in sostanza di una sorta di anonimato parziale e, cioè, nella previsione che, nel caso in cui vengano commessi degli illeciti, il diritto all'anonimato ceda dinanzi alla necessità di individuare il colpevole.

Sarebbe quindi opportuno consentire al gestore del servizio di *social network* di conservare i dati inerenti gli indirizzi IP degli utenti

¹⁸⁴ Così G. RESTA, *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato*, in *Dir. inf.*, 2014, p. 184.

per un tempo ragionevole (stabilito dal legislatore), in modo tale da permettere al giudice, dopo aver ottenuto i dati dell'intestatario della connessione, di risalire all'autore dell'illecito.

In questo modo, il gestore non solo dovrà fornire su richiesta delle autorità competenti, le informazioni necessarie per l'identificazione del responsabile ma deve altresí adottare tutte quelle misure ragionevoli per rendere possibile questa attività di collaborazione.

Nei *social networks* questo problema si intreccia poi con un altro e, cioè, quello relativo alla possibilità di utilizzare uno pseudonimo nei rapporti con gli altri utenti, anche se a questo problema potrebbe ovviarsi stabilendo che l'utente debba rivelare il suo vero nome al gestore del servizio, potendo poi scegliere uno pseudonimo che lo identifica nel *social network*.

Numerose sono state a tal proposito le critiche all'adozione del nome reale volto all'identificazione dell'utente (c.d. *real name policies*) sia per garantire una concreta libertà di espressione senza ritorsioni sociali, sia «in nome del diritto all'autodeterminazione informativa»¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Critico verso le *real name policies*, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma, 2012, p. 392 ss.

Si è osservato che in realtà l'intenzione di realizzare un ambiente più sicuro¹⁸⁶ nasconderebbe un'esigenza di individuazione degli utenti a fini pubblicitari.

Sul punto in chiave comparatistica, il legislatore tedesco ha affrontato la questione e ha previsto che il *service provider* debba consentire che l'uso dei servizi telematici e il relativo pagamento avvengano in via anonima o tramite il ricorso a pseudonimi, quando questo sia «tecnicamente possibile e ragionevole»¹⁸⁷.

Orbene, si possono fare alcune osservazioni al riguardo: se si ritiene che i gestori di servizi di *social networks* possano pretendere di identificare i propri utenti, allora si potrebbe ipotizzare una loro responsabilità in caso di mancata identificazione dell'utente direttamente responsabile o, ancora, si potrebbe configurare una loro responsabilità nel caso in cui non siano in grado di dimostrare di aver adottato tutte le misure idonee all'identificazione dell'utente.

In questo modo, i gestori di servizi di *social networks* si troverebbero dinanzi alla scelta se adottare tecniche maggiormente

¹⁸⁶ Vedasi il sito di Facebook in cui si legge: «Facebook è una comunità in cui le persone usano le proprie identità reali. È necessario che tutti forniscano i propri nomi reali, in modo che ogni utente sappia sempre con chi si connette. Questo contribuisce a salvaguardare la sicurezza della nostra comunità», in <http://facebook.com>.

¹⁸⁷ § 13, c. 6 *Telemediengesetz* del 26 febbraio 2007.

rispettose dell'anonimato degli utenti e, quindi, assumere maggiori rischi in caso di mancata identificazione, ovvero adottare misure volte alla identificazione degli utenti, evitando così di incorrere in eventuali responsabilità.

Nulla però escluderebbe l'adozione di entrambe le strategie.

Se, invece, si sostiene che non bisogna favorire la politica volta alla identificazione degli utenti, allora non può configurarsi una responsabilità in capo al gestore per la mancata identificazione dell'utente.

Ad ogni modo è evidente che se si vuole risalire all'autore di un illecito su Internet, bisogna cercare di bilanciare il riconoscimento del diritto all'anonimato con la contrapposta esigenza di identificazione, talvolta con la compressione del primo a favore della seconda.

Appare quindi inevitabile trovare una risposta civilistica al problema, tenendo in considerazione i contrapposti diritti ed interessi, altrimenti, come è stato osservato, si potrebbe correre il rischio che l'inadeguatezza degli strumenti di tutela in sede civile, «finisca per

incentivare il ricorso alla tutela penale, al solo fine di consentire l'individuazione del responsabile»¹⁸⁸.

7. La trasformazione tecnologica ha, quindi, radicalmente cambiato il quadro dei diritti civili e politici, modificando i rapporti personali e sociali.

Il mutamento dei rapporti sociali ha determinato la nascita della c.d. *network society*¹⁸⁹ ove gli interessi coinvolti, la necessità di protezione e i possibili conflitti non sempre coincidono con i rapporti sociali c.d. *offline*, come può facilmente riscontrarsi con riguardo ai social networks.

E' ormai noto che i *social networks* consentono l'iscrizione dei minori (si pensi ad alcuni prototipi quali Facebook, Twitter, ecc.) e ciò pone il problema della tutela dei minori in tale contesto e, più in

¹⁸⁸ Così M. CUNIBERTI, *Democrazie, dissenso politico e tutela dell'anonimato*, in *Dir. inf.*, 2014, p. 136.

¹⁸⁹ M CASTELLS, *The rise of the Network Society*, Oxford, 1996, trad. di L. Turchet, *La nascita della società in rete*, Milano, 2000, p. 10 ss., secondo il quale l'informazione nella società in rete rappresenta una vera e propria risorsa per la società; la diffusione delle nuove tecnologie ha radicalmente mutato l'esistenza individuale e collettiva. Nello stesso senso v. S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet*, in *Politeia*, 2006, p. 177, il quale afferma che «la grande trasformazione tecnologica ridisegna il ruolo dei poteri pubblici, muta i rapporti personali e sociali e incide sull'antropologia delle persone».

particolare, di verificare se gli strumenti di protezione dei minori risultino o meno adeguati.

La tutela dei minori nei *social network* può essere analizzata da una duplice prospettiva: una fisiologica, l'altra patologica¹⁹⁰.

Per quanto riguarda la prima, appare opportuno individuare le regole e i principi volti a garantire anche ai minori l'accesso ai *social web* al precipuo scopo di consentire ai c.d. *baby navigatori* il pieno sviluppo in un contesto nel quale i rapporti personali tra i giovani si svolgono principalmente attraverso la rete.

La consapevolezza che i *social networks* siano strumenti per garantire l'esercizio delle libertà fondamentali stimola il riconoscimento al minore di un'autonomia proporzionata al livello di maturità raggiunto (si parla di capacità del minore di discernimento)¹⁹¹, collegata, chiaramente, alla responsabilità dei genitori.

¹⁹⁰ C. PERLINGIERI, *La tutela dei minori d'età nei social networks*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1324 ss., EAD., *Social networks and private law*, Napoli, 2017, p. 7 ss, cui si rinvia per gli ulteriori approfondimenti e EAD., *Il contratto concluso con eBay e le vendite all'asta business to consumer: la disciplina applicabile*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1394 ss.

¹⁹¹ Viene così superata la dicotomia capacità giuridica-capacità di agire (giustificata in riferimento alle situazioni giuridiche soggettive patrimoniali) e viene invece utilizzata la capacità di discernimento che riguarda tutte le situazioni c.dd. esistenziali. Si è osservato che l'ascolto del minore capace di discernimento

La prospettiva patologica, invece, fa riferimento all'individuazione di strumenti di tutela idonei a preservare i minori dalle insidie che si celano nei *social networks*; i rischi, infatti, aumentano nel caso dei minori poiché questi sono utenti di gran lunga più esperti degli adulti nell'uso della tecnologia, ma, tuttavia, il più delle volte quasi del tutto inconsapevoli dei pregiudizi non solo patrimoniali ma soprattutto personali che derivano da un uso non corretto dei *social networks*.

La protezione dei minori nel contesto digitale può essere garantita non soltanto con la cooperazione dei genitori e del sistema scolastico ma grazie alla presenza di regolamenti appositi per i minori, come pure a sistemi tecnici atti a garantire per loro una navigazione più sicura.

rappresenta uno strumento atto ad eliminare gli ostacoli di cui all'art. 3, comma 2 cost., perché tecnica di realizzazione della personalità. Per ulteriori approfondimenti vedasi F. RUSCELLO, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, in *Famiglia*, 2002, p. 933 ss.

Il fanciullo capace di discernimento ha infatti il diritto di esprimere liberamente il suo pensiero su tutto ciò che lo riguarda e le sue opinioni devono essere prese in considerazione tenendo in conto la sua età e il suo grado di maturità raggiunto.

Cfr. anche D. DI SABATO, *Le relazioni economiche del minore*, cit., p. 701 ss. secondo la quale «L'incapacità del minore è teoricamente generale, tuttavia vi sono fattispecie, individuate dal codice civile e dalle leggi speciali, in cui l'ordinamento gli attribuisce la capacità di compiere determinati atti. L'impostazione adottata dal legislatore si caratterizza, pertanto, nella definizione della regola e nella contestuale individuazione di eccezioni alla stessa. Tuttavia le eccezioni sono tutt'altro che rare. (...) L'elencazione che precede, che peraltro non ha alcuna pretesa di completezza, ha lo scopo di evidenziare che, allo stato, le ipotesi in cui si riconosce espressamente che il minore possa maturare una propria determinazione di volontà, manifestarla e renderla produttiva di effetti giuridici in ambiti anche molto delicati della vita sociale sono tanto numerose da far dubitare della tenuta della regola generale del conseguimento della capacità di agire al raggiungimento del diciottesimo anno di età».

L'Unione europea per sensibilizzare gli Stati membri circa le insidie nascoste nei social ha promosso iniziative quali la *Better Internet for kids initiative* e la recente *Alliance to better protect minors online*.

Nel 2011, inoltre, la Commissione europea ha presentato la Relazione sulla «Tutela dei minori nel mondo digitale» che si è tradotta sul piano giuridico nella promozione da parte degli Stati membri di codici di condotta adottati dagli stessi fornitori di servizi che si impegnano a collaborare con le istituzioni per la lotta ai contenuti illeciti e nocivi.

In Italia, in particolare, nel 2003 è stato adottato il c.d. Codice di Internet@minori presso il Ministero per l'Innovazione e le tecnologie con le principali associazioni di imprese nel settore¹⁹². Il codice ha previsto la creazione di un Comitato di garanzia con il compito di vigilare sulla sua corretta applicazione ma, tuttavia, è apparso insufficiente ad assicurare la protezione dei minori in rete a causa del difficoltoso procedimento per la sua attivazione e ai limitati provvedimenti disciplinari previsti.

¹⁹² L'Associazione Italiana *Internet Providers*, l'Associazione per la convergenza nei servizi di comunicazione, l'Associazione *Provider Indipendenti*, Federazione delle imprese delle Comunicazioni e dell'Informatica.

E così, su iniziativa dell'Unione europea nel maggio 2016 è stato sottoscritto dalle principali aziende informatiche quali Facebook, Twitter e Google un Codice di condotta per la lotta alla diffusione dell'illecito attraverso un meccanismo di segnalazione diverso da quello previsto dal Codice Internet@minori: i fornitori dei servizi *online*, in particolare, controllano le c.d. notifiche di contenuti illeciti presenti sulle loro piattaforme in meno di un giorno, procedendo a impedire l'accesso a tali contenuti¹⁹³.

Si può osservare che i regolamenti a misura dei minori fissano a 13 anni l'età minima per l'iscrizione degli stessi ai *social networks*; questi, inoltre, per tutelare i minori impediscono che le informazioni c.d. di contatto appaiano nelle ricerche al pubblico, ricordano ai minori di accettare unicamente le richieste di amicizia di persone che conoscono, rimuovono l'*account* e le informazioni di minori infra-tredicenni e consentono ai genitori di ricevere informazioni prima dell'eliminazione dell'*account*.

Si deve però osservare che l'accesso ai genitori che non sono titolari dell'*account* del minore, non è consentita in maniera diretta.

¹⁹³ Appare dunque necessaria una co-regolamentazione basata sulla condivisione di responsabilità tra pubblico e privato mediante la partecipazione di un rilevante numero di aziende *leader* nel mondo digitale con l'inserimento di rapide procedure di controllo ed eliminazione dei contenuti illeciti o nocivi.

Qualsiasi modifica da parte del genitore sul profilo *social* del minore, quale ad esempio una modifica della *privacy*, è consentita solo previo accordo con il minore, o, se non è possibile, si dovrà procedere ad una richiesta di assistenza al *social*.

Queste misure, tuttavia, non sono sufficienti dal momento che la concreta protezione dei minori navigatori esige che le effettive possibilità di utilizzo derivanti dall'iscrizione ai *social* siano differenziate tra minori di età e maggiori di età, così che i minori non possono interagire sui *social* con le stesse modalità dei maggiorenni¹⁹⁴.

L'insufficienza delle c.dd. regole tecniche¹⁹⁵, dei sistemi di filtraggio installati direttamente sul *computer* del minore e dei sistemi di verifica dell'età è confermata dal Regolamento europeo sulla

¹⁹⁴ Così, G. RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016, pp. 87 e 88 secondo il quale «il traguardo da raggiungere non è tutelare i minori come qualsiasi altro soggetto, quanto piuttosto tutelare qualsiasi minore nel rispetto della sua individualità, diversità ed unicità di ognuno di loro. Questa residua tendenza alla generalizzazione è probabilmente il retaggio di una stagione trascorsa, destinata, si spera, a dissolversi rispetto ad un sistema di tutela dei minori che oramai nella dimensione sia interna che europea (...) dovrebbe vivere nell'effettiva applicazione ai reali problemi dei minori».

¹⁹⁵ La formazione delle regole tecniche rappresenta l'espressione unilaterale dei fornitori dei servizi e delle imprese che governano il mezzo tecnico. Si crea in tal modo un vero e proprio governo di tecnici. Una privatizzazione del governo di Internet «pregiudicherebbe la possibilità di costruire una sfera pubblica virtuale in cui una pluralità di attori, ai livelli più diversi, dialoga ed emana regole comuni» V. E. MAESTRI, *Lex informatica, Diritto, persona e potere nell'età del cyberspazio*, Napoli, 2015, p. 96.

protezione dei dati n. 679 del 2016 «relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione dei dati».

L'art. 8 in particolare, rubricato «condizioni applicabili al consenso dei minori in relazione ai servizi della società dell'informazione» stabilisce che nell'ipotesi in cui la liceità del trattamento dei propri dati personali sia legato al consenso dell'interessato, «per quanto riguarda l'offerta diretta di servizi della società dell'informazione ai minori, il trattamento di dati personali del minore è lecito ove il minore abbia almeno 16 anni»; nel caso in cui il minore abbia un'età inferiore ai 16 anni, questo trattamento è lecito solo se il consenso è prestato dal genitore o dal soggetto esercente la potestà genitoriale.

E così dunque, il Regolamento innalza a 16 anni l'età minima e consente al minore infra-sedicenne di accedere ai *social networks* solo con il consenso dei genitori.

Si può constatare che tra l'utente e il *social* viene stipulato un vero e proprio contratto di scambio mediante il quale l'utente al fine di ottenere l'accesso alla piattaforma, dispone del diritto al controllo dei contenuti personali, consentendo al *social* l'inoltro di pubblicità mirata.

In questo senso, il minore ultra-tredicenne può concludere un contratto di scambio con il gestore della piattaforma e ciò porta a valutare l'ammissibilità di questa operazione contrattuale che consente al minore di intrattenere relazioni sociali sul web e contestualmente permette al *social* di avere a disposizione dati attinenti la sfera personale del minore.

Da un lato, è stato osservato che il contratto di adesione ai *social networks* appartiene al catalogo dei c.dd. contratti della vita quotidiana posto in essere dal minore, considerando che questo al compimento del tredicesimo anno di età abbia sufficiente capacità di discernimento per utilizzare il *social*.

Il minore, infatti, nella vita quotidiana intrattiene numerosi rapporti contrattuali, basti pensare che molti beni di consumo sono appositamente destinati a ragazzi molto piccoli.

Nella realtà, dunque, vengono instaurati rapporti contrattuali con soggetti legalmente incapaci e tuttavia, non si sono registrate numerose controversie aventi ad oggetto l'annullamento di contratti di consumo a causa della minore età del contraente.

Ciò si giustifica in ragione del modico valore dei contratti che il minore stipula, il che rende non conveniente l'instaurazione di un giudizio.

Appare dunque evidente che esistono nella realtà quotidiana rapporti per i quali non è possibile individuare una disciplina adeguata.

Dall'altro lato, si è ritenuto che la disposizione da parte del *social* di dati attinenti alla personalità conduce a considerare che il contratto può essere concluso soltanto con il consenso dei genitori.

In questa direzione spinge anche l'ultimo paragrafo dell'art. 8 del nuovo Regolamento che stabilisce: «il Regolamento non pregiudica le disposizioni generali del diritto dei contratti degli Stati membri, quali le norme sulla validità, la formazione o l'efficacia di un contratto rispetto a un minore» che di conseguenza devono essere considerate perfettamente operanti.

E così, il contratto concluso tra il *social* e il minore, in assenza del consenso dei genitori, è invalido, consentendo quindi al genitore di chiedere al *social* la chiusura dell'*account* e il riconoscimento dei danni subiti dal minore a causa dell'uso non appropriato del *social*.

Conclusioni

Il presente lavoro ha esaminato la complessa figura del consumatore, anche alla luce dei recenti interventi europei che lo vedono protagonista nella contrattazione telematica.

Partendo dalle originarie e non sempre univoche definizioni, si è cercato di dimostrare la *ratio* sottesa alla sua tutela e, cioè, la necessità di considerarlo non solo soggetto parte fondamentale del mercato unitamente all'imprenditore, ma innanzitutto come persona e che quindi deve essere tutelato in quanto tale, secondo i principi della Costituzione.

Con la considerazione ulteriore, però, che la centralità del principio personalista non fa venir meno il ruolo del mercato, inteso come "statuto normativo", fatto di norme, ma non soltanto economiche; un mercato che tiene conto della socialità e della solidarietà, inteso cioè come luogo nel quale si realizza la persona grazie al bilanciamento degli interessi e dei valori coinvolti.

L'importanza del caso concreto per verificare ogni volta gli interessi che entrano in gioco, ha condotto a criticare la concezione del consumatore come *status*, caratterizzato dalla immodificabilità della

situazione giuridica di appartenenza, nonché la teoria del consumatore come contraente sempre debole.

La debolezza “fisiologica” che connota il rapporto tra consumatore e professionista è, infatti, solo un aspetto della realtà, perché si può essere protagonisti del mercato in veste di produttori in un settore e di consumatori in un altro.

Tale constatazione ha portato a condividere l’idea secondo la quale la debolezza è un concetto mutevole e relativo e a valorizzare ancora una volta l’importanza del caso concreto, fondamento essenziale per comprendere che le norme consumeristiche non si applicano solo a quel soggetto che, avendo le caratteristiche definite dal legislatore, è qualificabile come consumatore, ma le stesse trovano applicazione anche nei rapporti tra due professionisti/imprenditori (c.dd. contratti *Business to Business*), nei quali uno dei due possa trovarsi in una situazione di asimmetria di potere contrattuale, equiparabile a quella che caratterizza i rapporti tra professionista e consumatore.

Il superamento della teoria del consumatore come contraente sempre debole trova conferma anche in materia di commercio elettronico, dove lo sviluppo sempre più incessante della tecnologia e la sempre maggiore complessità delle operazioni economiche

determinano rapporti, i quali, anche se istaurati tra imprese, sono caratterizzati da squilibri tra le parti.

Anche nelle compravendite online infatti, sia tra professionisti (contratti *business to business* – *B2B*), che soprattutto tra professionista e consumatore (contratti *business to consumer* – *B2C*), si registrano delle asimmetrie che vedono necessariamente una parte “soccumbente” rispetto all’altra.

A tal proposito si è analizzata la disciplina del consumatore telematico a séguito della direttiva sui diritti dei consumatori (2011/83/UE) che ha introdotto significative novità, in materia di contratti tra consumatore e professionista, garantendo maggiore protezione per il consumatore nella contrattazione via Internet.

Nell’ottica di proteggere il consumatore da possibili abusi da parte del professionista si sono analizzati i risvolti applicativi dell’uso di Internet da parte del viaggiatore telematico, cercando di verificare in concreto l’adeguatezza degli strumenti di protezione a disposizione rispetto al caso concreto, anche alla luce dell’emanazione della direttiva 2015/2302/UE in materia di pacchetti turistici e servizi turistici collegati (non ancora recepita dagli Stati membri).

Da ultimo, si è tentato di inquadrare la figura del *baby* navigatore e cioè il consumatore minore d'età che mediante l'iscrizione ai *social networks* è in grado di concludere contratti via *web*. Questi rapporti di consumo instaurati dal minore che esistono nella realtà non sono disciplinati dal nostro ordinamento.

Dopo un'accurata analisi del fenomeno dei *social networks*, considerato il silenzio del legislatore sul tema, si è cercato di inquadrare il destino dei contratti stipulati dal minore, oscillando tra l'invalidità del contratto e la vincolatività dello stesso solo nei confronti dei genitori capaci. Si è cercato, pertanto, in chiave empirica di fornire spunti di riflessione per tentare di trovare la soluzione più ragionevole per tutelare il minore, particolarmente vulnerabile nell'attuale società dei consumi.

Il quadro delineato mostra che tutti gli interventi a tutela del consumatore nella società dei consumi, sebbene rivolti alle singole figure di volta in volta prese in considerazione della legge, appaiono guidati da un medesimo criterio ispiratore, e cioè, la valorizzazione del ruolo della persona in quanto tale, ancor prima del consumatore.

INDICE DEGLI AUTORI

- ALBANESE A., *La sicurezza generale dei prodotti e la responsabilità del produttore nel diritto italiano ed europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2005
- ALBERICI M., *Il dovere precontrattuale di buona fede*, in *Rass. dir. civ.*, 1982
- ALPA G. e ANDENAS M., *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005
- ALPA G., *Consumatore*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., III*, Torino, 1998
- ALPA G., *I contratti del minore. Appunti di diritto comparato*, in *Contr.*, 2004
- ALPA G., *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, in *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2006
- ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2002
- ALPA G., *La legge sui diritti dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 1998
- AMADIO G., *Il terzo contratto. Il problema*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008
- ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954
- BARBA A., *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in V. CUFFARO (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998
- BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, in *Cod. civ. Commentario Schlesinger*, 2^a ed., Milano 2010

BARENGHI A., *La tutela del viaggiatore e del turista*, in ID., *Diritto dei consumatori*, Padova, 2017

BAUMAN Z., *Consumo dunque sono*, Bari, 2007

BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963

BENEDETTI A.M., *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012

BETTI E., *Teoria generale della interpretazione*, II, Milano, 1955

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953

BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2000

BIANCA C.M., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2012

BOBBIO N., *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1968

BOCCHINI R. e MONTANARI M., *I contratti turistici e telematici*, in D. VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2016

BUSNELLI F.D., *Capacità e incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1982

CAPO G., *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Milano, 2001

CAPOCCEZZI A., *Procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Giur.it.*, 2016

CARDILE A., *Artt. 28-32 c. cons.*, in E. M. TRIPODI e C. BELLI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario del d.lg. 6 settembre 2005, n. 206*, Bologna, 2008

CARRASCO PERERA A., *Desarrollos futuros del derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de Derechos de los Consumidores*, in *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Navarra, 2012

CASTELLS M., *The rise of the Network Society*, Oxford, 1996

CATERINA R., *La libertà di comunicazione: il fenomeno dei social network*, in C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *Internet e Diritto civile* Napoli, 2015

CATERINI E., *Sovraindebitamento, ristrutturazione del debito e datio in solutum*, in *Rass. dir. civ.*, 2014

CICERONE M.T., *De officiis*, III, 14

CINQUE M., *Il minore contraente*, Padova, 2007

COLANGELO G., *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004

COVIELLO L., *Della cosiddetta «culpa in contrahendo»*, in *Filangieri*, 1900

CRISCUOLO F., *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, IV, 1, Napoli, 2008

CUFFARO V., *Profili di tutela del consumatore nei contratti online*, in G. FINOCCHIARO e F. DELFINI (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Torino, 2014

CUNIBERTI M., *Democrazie, dissenso politico e tutela dell'anonimato*, in *Dir. inf.*, 2014

D'AMICO G., *La proposta di regolamento per un diritto comune della vendita*, in L. MEZZASOMA, V. RIZZO, E. LLAMAS POMBO, *La compravendita: realtà e prospettive*, Napoli, 2008

D'AMICO G., *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto diretto* da V. Roppo, V, Milano, 2006

D'AMICO G., *Regole di validità e regole di comportamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002,

DE NOVA G., *Il contratto alieno*, Torino, 2008

DEL SAGRARIO BERMUDEZ BALLESTEROS M., *La nueva regulación del derecho de desistimiento a la luz de la ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU*, in *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, IX, 2014

DELFINI F., *Il d.lg. 70/2003 di attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico*, in *Contratti*, 2003

DELFINI F., *La tutela del consumatore online (dalla direttiva 97/7/CE alla direttiva 2011/83/UE)*, in C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Atti del Convegno di Camerino, 26 e 27 settembre 2014

DELLA NEGRA F., *Culpa in contraendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*, in *Contratti*, 2012

DI RAIMO R., *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003

DI SABATO D., *Il contratto del minore tra incapacità di contrarre e capacità di contrattare*, in *Riv. dir. impr.*, 2011

FALZEA A., *Introduzione alle scienze giuridiche: il concetto del diritto*, Milano, 2008

GALGANO F., *Lex mercatoria*, 5^a ed., Bologna, 2010

GENTILI A., *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004

GIACOBBE G., *Libertà di educazione, diritti del minore e potestà dei genitori nel nuovo diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1982

GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni*, Firenze, 1925

GIOVA S., *Le vendite online*, in C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *Internet e Diritto civile*, Napoli, 2015

GIOVA S. e ZICCARDI M., *La tutela del viaggiatore nella nuova direttiva sui pacchetti turistici*, in *Scritti in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017

GIOVA S., *Il recepimento della direttiva sul commercio elettronico: informazioni, conclusione dei contratti e profili di responsabilità civile (Osservazioni)*, in G. BISCONTINI e L. RUGGERI (a cura di), *Diritti del cittadino e tecnologie informatiche*, Napoli, 2004

GIOVA S., *La conclusione del contratto via Internet*, Napoli, 2000

GIOVA S., *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, Napoli, 2012

GIOVA S., *La tutela del consumatore telematico nel d.lg. n. 21 del 2014*, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 2014

- GRAZIOSI A., *Note sul diritto del minore ad essere ascoltato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992
- GRISI G., *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011
- GUERINONI E., *I contratti del consumatore: principi e regole*, Torino, 2011
- IRONICO S., *Come i bambini diventano consumatori*, Bari-Roma, 2010
- IRTI N., «È vero ma...», in *Riv. dir. civ.*, 1999, I
- IRTI N., *Il metodo*, in *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007
- IRTI N., *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova
- IRTI N., *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998
- IRTI N., *Testo e contesto*, Padova, 1996
- LAZZARELLI F., *Dipendenza tecnologica e dipendenza economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2005
- LEHMANN M. e DE FRANCESCHI A., *Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Rass. dir. civ.*, 2012
- LEZZA A., *I contratti di viaggio*, in *Tratt. dir. priv. europeo*, IV, Padova, 2003
- LLAMAS POMBO E., MEZZASOMA L., JARAMILLO C.I., BERNAL FANDINO M., *Turismo y derecho de consumo*, Bogotá, 2015
- MACARIO F., *La nuova disciplina del sovraindebitamento e dell'accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili*, in *Contratti*, 2012

MAESTRI E., *Lex informatica, Diritto, persona e potere nell'età del cyberspazio*, Napoli, 2015

MARI L., *Le fonti*, in C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007

MAZZIOTTI DI CELSO A., in G. ALPA e A. CLARIZIA (a cura di), *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192*, Milano, 1999

MAZZONI C.M., *Contro una falsa categoria: i consumatori*, in *Giur. comm.*, 1976

MENDOZA LOSANNA A.I., *Los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil tras la directiva 2011/83/UE*, in *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, I, 2012

MENGGONI L., *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992

MENGGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II

MEZZASOMA L., *Consumatore e Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015

MEZZASOMA L., *Il consumatore e il professionista*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014

MEZZASOMA L., *La tutela del sovraindebitato quale contraente debole*, in E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA, S. POLIDORI (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017

MEZZASOMA L., *Novità del diritto contrattuale in Italia e tutela del contraente debole*, in *Corti umbre*, 2014

MEZZASOMA L., RIZZO V., LLAMAS POMBO E., *La compravendita: realtà e prospettive*, Napoli, 2015

MEZZASOMA L., RIZZO V., RICCIUTO V., LLAMAS POMBO E., *Il consumatore dei servizi tra Italia, Spagna e Latino America*, Napoli, 2016

MINERVINI E., *Status delle parti e disciplina del contratto*, in G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA, V. RIZZO (a cura di), *Il diritto dei consumi. Realtà e prospettive*, Napoli, 2008

MODICA L., *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012

MONTICELLI S., *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in R. FAVALE e B. MARUCCI (a cura di), *Studi in memoria di V.E. Cantelmo*, Napoli, 2003

NATOLI R., *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1966

NERVI A., *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore – Profili civilistici*, Padova, 2001

NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, in *Comm. cod.civ.* Scialoja-Branca, Bologna, 1955

OCCHIUZZI P., *Gli obblighi informativi*, in *Corr. giur.*, 2014

OPPO G., *Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I

OPPO G., *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, IV

PACIFICI MAZZONI E., *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1908

PALMIERI A., *La minorità tecnologica quale presupposto essenziale per l'applicazione degli strumenti di protezione previsti dalla legge sulla subfornitura*, in *Foro it.*, 2000, I

PENNASILICO M., *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, Napoli, 2011

PERLINGIERI C., *Il contratto concluso con eBay e le vendite all'asta business to consumer: la disciplina applicabile*, in *Rass. dir. civ.*, 2017

PERLINGIERI C., *La protezione del cyberconsumatore secondo la direttiva 2011/83/UE*, in *Corti salernitane*, 2012

PERLINGIERI C., *La tutela dei minori d'età nei social networks*, in *Rass. dir. civ.*, 2016

PERLINGIERI C., *Social networks and private law*, Napoli, 2017

PERLINGIERI G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013

PERLINGIERI G., *La responsabilità precontrattuale di Francesco Benatti, cinquant'anni dopo*, in *Rass. dir. civ.*, 2012

PERLINGIERI G., *Le nuove tecnologie e il contratto*, in D. VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2004

PERLINGIERI G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015

PERLINGIERI G., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003

PERLINGIERI P. e DI RAIMO R., in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 7^a ed., Napoli, 2014

PERLINGIERI P. e DI RAIMO R., *Trattative, buona fede e responsabilità precontrattuale*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014

PERLINGIERI P. e FEMIA P., *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004

PERLINGIERI P. e MARINARO M., *Sub Art. 41*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Commento alla Costituzione*, 2^a ed., Napoli, 2001

PERLINGIERI P., *Abuso dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. La responsabilità processuale dell'avvocato*, in *Corr. giur.*, 2011

PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, ora in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003

PERLINGIERI P., *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006

PERLINGIERI P., *Il diritto privato europeo tra riduzionismo economico e dignità della persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2010

PERLINGIERI P., *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012

PERLINGIERI P., *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990

PERLINGIERI P., *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, l'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, *Rass. dir. civ.*, 1985

PERLINGIERI P., *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, Rende, 2004, ID., *I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. Aspetti giuridici e sociologici*, (2000), in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005

PERLINGIERI P., *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 1995, III, ora in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003

PERLINGIERI P., *La tutela del consumatore tra normative di settore e codice del consumo*, in G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA, V. RIZZO (a cura di), *Il diritto dei consumi: realtà e prospettive*, Napoli, 2008

PERLINGIERI P., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995

PERLINGIERI P., *Metodo, categorie, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002

PERLINGIERI P., *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000 ora in ID., *Il nuovo diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003

PERLINGIERI P., *Relazione di sintesi al Convegno di San Marino, 17 e 18 novembre 2000*, in L. FERRONI, (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002

PERLINGIERI P., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979

PETRONE M., *Art. 2740*, in G. BONILINI, M. CONFORTINI e C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, 4^a ed., Torino, 2012

PONZANELLI G., *Responsabilità oggettiva del produttore e difetto di informazione*, in *Giur. it.*, 2004

PORCELLI M., *Riflessioni a margine della disciplina sul sovraindebitamento del consumatore introdotta dalla l. n. 3/2012*, in *Le Corti salernitane*, 2016

PROSPERI F., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999

PUGLIATTI S., voce "interesse", in *Enc. dir.*, Milano, 1962

QUADRI R., «Nullità» e tutela del «contraente debole», in *Contr. impr.*, 2001

- RASI S.A., *La responsabilità precontrattuale*, in, *Riv. dir. civ.*, 1974, II
- RECINTO G., *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016
- RESTA G., *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato*, in *Dir. inf.*, 2014
- REYES LOPEZ M.J., *La reforma introducida en el TRLGDCU por ley 3/2014 sobre el derecho de desistimiento e informacìon*, in *Actualidad juridica iberoamericana*, 2015
- RIZZO V., *Itinerario e nuove vicende della trasparenza (con particolare riguardo ai contratti del consumatore)*, in *Corti umbre*, 2016
- RIZZO V., *La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO (a cura di), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva cee 93/13*, Napoli, 2013
- RIZZO V., *Trasparenza e «contratti del consumatore» (La novella al codice civile)*, Napoli, 2002, rist.
- RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Roma, 2012
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969
- RODOTÀ S., *Una Costituzione per Internet*, in *Politeia*, 2006
- ROMANO SALV., *Buona fede (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1988
- ROPPO V., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007

- ROPPO V., *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, in *Pol. dir.*, 1975
- ROSSI CARLEO L., *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004
- ROVELLI L., *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, XIII, Torino, 2000
- RUSCELLO F., *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, in *Famiglia*, 2002
- SACCO R., *Il contratto*, I, 3^a ed., in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2004
- SCALISI V., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003
- SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970
- SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nuovo dig. it.*, XV, Torino, 1968
- SEN A., *Mercato e morale*, in *Bibl. lib.*, 1986
- STANZIONE P., *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, *Rass. dir. civ.*, 1983
- TULLIO LEOP., *Il contratto di viaggio*, in *Diritto civile. I contratti*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, Milano, 2009
- VALENTINO D., *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996

ZICCARDI M., *Interruzione delle trattative per mancato accordo sul prezzo e responsabilità precontrattuale*, nota a Cass., 5 ottobre 2015, n. 19872, in *Le Corti salernitane*, 2016

ZOPPINI A., *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI e A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

Corte giust., 20 gennaio 2005, c. 464/01, in *Eur. dir. priv.*, 2005

Trib. Parma, 15 ottobre 2008, in *Obbl. contr.*, 2009

Cass., 1 febbraio 2016, n. 1869, in *Foro it.*, 2016, I

Trib. Torre Annunziata, 12 dicembre 2016, in www.ilcaso.it

Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Giur. it.*, 2005

Cass., 22 gennaio 2009, n. 1618, in *Obbl. contr.*, 2010

Cass., 6 agosto 2008, in *Giur. comm.*, 2010, II

Cass., 7 marzo 2001, n. 3272, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Contratto in genere*, n. 305

Cass., Sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438, in *Dejure online*

Cass., Sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Dejure online*

Cass., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in *Dejure* online

Cass., 8 ottobre 2009, n. 21388, in *iusexplorer.it*