

VARIAZIONI SU FORMA E FORMALISMO NEL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI

Di Stefano Pagliantini

SOMMARIO: 1. Introduzione: formalismo informativo e nuova discrezionalità giudiziale ? - 2. Tre quaestiones topiche. – Sezione prima. 3. I limiti di ammissibilità della scrittura privata digitale: la nitida ambiguità del dato normativo italiano. - 3.1. Il quadro normativo tedesco. – 3.2. ... e quello francese. – 3.3. La dialettica degli opposti nel sistema italiano: art. 11 del d.lgs. 70/2003 v. art. 20, 2 co., CAD ? – 3.4. Segue: l'art. 11 come norma tacitamente abrogata o applicabile nei limiti della compatibilità. Esclusione. – 3.5. L'interpretazione restrittiva dell'art. 20, 2 co. CAD ed il delinearsi di un concorso di fonti normative. – 3.6. Epilogo: la decisione Lode-wijk Gysbrechts (CGE, causa 205/07): l'esigenza di un congruo equilibrio, quanto al riparto del rischio contrattuale, negli scambi b2c. – Sezione seconda. 4. Forma informativa e rischio contrattuale: il caso Messner c. Krüger (causa C- 489/07). – 4.1. I tre paradossi del formalismo informativo nei contratti a distanza. – 4.2. La forma informativa tra ingiustificato arricchimento e bona fides interpretativa (art. 1366 c.c.). – 4.3. La bona fides correttiva come volet di orientamento applicativo del formalismo informativo. – Sezione terza. 5. Forma informativa ed insurrogabilità comunicativa, nei contratti a distanza, della posta elettronica: il caso BVV c. DIV AG (causa C-298/07). – 5.1. L'ottica economicista della CGE. – 5.2. Formalismo informativo pre-contrattuale, regime del rischio e costo dell'informazione. – 5.3. Posta elettronica ed accessibilità dell'informazione. – 6. Epilogo.

1. Introduzione: formalismo informativo e nuova discrezionalità giudiziale ?

L'affacciarsi di una rigorosa interpretazione giurisprudenziale del formalismo informativo è segno,

a detta di molti¹, di una nuova sensibilità giudiziale, più attenta alla «*morale collective, d'ordre économique, qu'à la morale individuelle*»².

¹Il testo, riveduto e corretto, con l'aggiunta di alcune integrazioni e delle note, riproduce la relazione tenuta a Pisa, il 26



Questo stringato rilievo si iscrive nella tendenza più recente, detta di *'instrumentalisation'* del diritto³, che cataloga l'insieme della normativa consumérista tra le tecniche del legiferare che sono al servizio di una politica di protezione di interessi seriali *«dont la réalisation semble commander de donner la plus grande ampleur possible à ses mesures clés»*. Ma se è vero che il formalismo informativo costituisce il *fleuron* del diritto secondo dei consumi, residua più di un dubbio ch'esso rappresenti pure il laboratorio ove si invera un nuovo modo di essere della discrezionalità giudiziale: come, con l'ausilio di un'esemplificazione incentrata su tre *inconsuete* fattispecie topiche, nelle pagine successive si avrà modo di appurare.

2. Tre quaestiones topiche.

Tre *quaestiones* sintomatiche, si diceva. La prima si può così riassumere: la forma elettronica *ad validitatem* si può intendere come un fattore che pregiudica o dimidia la tutela del consumatore? Per il fatto che la scrittura privata digitale affievolisce l'integrità del consenso, si può per vero dire che lo strumentario tecnico del commercio elettronico strida con l'imperativo della *consumer protection*? Se così fosse, si badi, dovrebbe convenirsi sul fatto che un sistema di tutela ottimale, per i consumatori, postula dei limiti alla de-materializzazione dei contratti solenni. Com'è dato registrare, già sulla scorta del solo articolato codicistico, in altre esperienze europee.

Seconda questione: a proposito della forma informativa nella contrattazione a distanza. E' la vicenda che ha originato la questione pregiudiziale,

giugno scorso, nel corso del Seminario congiunto dei Dottorati di Diritto privato e Diritto pubblico, dedicato ai rapporti tra "Diritto e nuove tecnologie".

¹ Nel sistema italiano v., *principaliter*, A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 576 e L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, ivi, p. 349 ss. In quello francese, senza alcuna pretesa di esaustività, J. CALAIS AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, in *RTD civ.*, 1994, p. 239 ss.; J. P. PIZZIO, *La protection des consommateurs par le droit commun des obligations*, e D. MAZEAUD, *L'attraction du droit de la consommation*, entrambi in *RTD. comm.*, 1998, rispettivamente, p. 53 ss. e p. 95 ss. Nel panorama dottrinale tedesco si vedano, in special modo, J. BASEDOW, *Freedom of Contract in the European Union*, in *ERPL*, 2008, §§ 3.2 e 4.

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

³ Cfr. N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, 2001, n. 11.

recentemente decisa dalla Corte di giustizia, *Mesner c. Krüger* (C-489/07)⁴.

Il consumatore, che sia receduto dal contratto di compravendita dopo ben undici mesi dalla stipula, è tenuto a versare al professionista, resosi responsabile di un non corretto adempimento dell'obbligo informativo, un'indennità per l'uso transitorio della *res restituenda*?⁵ Problema di complessa definizione che manco il dato normativo comunitario –art. 6, 2 co., dir. 97/7- , per la sua spiccata natura antifibologica⁶, aiuta a sbrogliare.

Terza ed ultima *quaestio*: la sola su cui la Corte di giustizia, con un *dictum* per la verità non immune da pecche argomentative, abbia avuto modo di difendersi⁷. Sempre relativa, per altro, al fenomeno del commercio elettronico (dir. 2000/31/CE).

L'adempimento dell'obbligo di informazione *precontrattuale* può dirsi governato da criteri di economicità? E, laddove così risulti, è ipotizzabile, se l'impresa opera esclusivamente su internet⁸, un'*infungibilità* della posta elettronica quale mezzo di trasmissione, al potenziale cliente, delle informazioni prescritte *ex lege*? Ove infungibilità, si badi, sta per esclusione di ogni altro strumento comunicativo (leggi di un'informativa mediante contatto telefonico). Che infatti non figura, come vien fatto notare⁹, nelle altre due direttive –la 97/7/CE, sui contratti a distanza e la 2002/65/CE, sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari- regolanti il fenomeno dell'*e-commerce*. Si consideri che la

⁴ Cfr. CGE, 3 settembre 2009, causa C-489/07 (ancora inedita). La questione pregiudiziale era stata sollevata dall'Amtsgericht Lahr a seguito della domanda di rimborso della consumatrice (contestata dalla stessa impresa che si era rifiutata di riparare gratuitamente il difetto).

⁵ Si consideri che è prassi delle imprese, che operano su internet, pubblicare nel proprio sito delle condizioni generali di vendita ove figurano clausole di siffatto tenore.

⁶ Sull'ambiguità della *littera legis* comunitaria si veda H. W. MICKLITZ, *La directive vente à distance 97/7/EC*, in STAUDER (a cura di), *La protection des consommateurs acheteurs à distance*, Zurigo, 1999, p. 23 ss., spec. p. 37. La Corte, lo si anticipa, ha sentenziato che, «in linea di principio», non osta alla direttiva una normativa che imponga al consumatore il pagamento di un'«equa indennità», ove risulti che questo ha utilizzato il bene violando «i principi del diritto civile». Ma è un *dictum*, lo si vedrà, tutto da interpretare.

⁷ La vicenda – *BVV c. DIV AG*, in *Obbl. e Contr.*, 2009, p. 83– non ha ancora trovato un suo omologo nel diritto applicato italiano: mentre ve n'è traccia nell'esperienza austriaca: si veda, a tal proposito, quanto statuito dall'*Oberster Gerichtshof*, 29 aprile 2003, in www.eu-consumer-law.org, con *Osserv.* di P. BIDLINSKY e M. STEFULA, (che pongono l'accento sull'esigenza di evitare ogni sforzo supplementare che sia irragionevole per il consumatore).

⁸ Si da meritarsi, perciò, l'appellativo di *pure players* o, com'anche si dice, di «*vendeurs exclusivement internet*» (così *Conseil de la concurrence*, 3 febbraio 2006, in *D.*, 2006, AJ, p. 1229 ss.).

⁹ Ma dall'Avvocato generale D. RUIZ-JARABO COLOMER, *Conclusioni* (§ 43), non dalla Corte.



legge tedesca (la *Telemediengesetz* del 26 febbraio 2007 : art. 5, 1 co., nn. 1 e 29) e la normativa italiana (d. lgs. 70/2003: art. 7, 1 co., lett. c) impongono ai prestatori di servizi di garantire agli utenti un contatto facile, diretto e permanente. *Quid iuris*, allora ?

Tre *quaestiones*, come si può agevolmente rilevare, tra di loro slegate: ma solo in apparenza. Quel che le accomuna, infatti, è il problema di *come* va declinata la logica preposta a governare i rimedi conseguenti al mancato rispetto del formalismo informativo. C'è modo infatti di rappresentare questi rimedi secondo un coefficiente interno di ragionevolezza oppure lo *charme* –leggi l'incantesimo¹⁰– del contraente *faible* importa il loro inevitabile declinare in un eccesso di consumerismo ?

E' quanto le pagine che seguono, con una partizione espositiva separata delle tre vicende, si ripropongono di appurare.

3. I limiti di ammissibilità della scrittura privata digitale: la nitida ambiguità del dato normativo italiano.

Riguardo alla prima questione, si può cominciare osservando che il quadro normativo italiano si mostra alquanto singolare. Gli è infatti che il disposto dell'art. 20, 2 co., CAD, letto per quello che dice, non ricalca per nulla le previsioni francesi (artt. 1108 – 1 e 1108 – 2 *code civil*) e tedesche (§§ 126, *Abs.* 3 e 126a).

Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale comunque «soddisfa» -si legge nell'ultimo capoverso della disposizione- il requisito della forma scritta, «*anche* nei casi previsti sotto pena di nullità, dall'art. 1350, primo comma, numeri da 1 a 12 del codice civile».

L'uso della congiunzione *anche*, insieme alla mancanza di una proposizione limitativa di stampo eccettuativo –*wenn sich, nicht aus dem Gesetz ein anderes Ergibt, se dalla legge non risulta altrimenti* (§ 126, *Abs.* 3)- rafforza *prima facie* il convincimento che l'art. 20, 2 co., sia una norma che non prevede né tollera eccezioni. Come ha modo, d'altronde, di mettere in risalto la dottrina più accreditata¹¹ allorquando, nello spigolare tra i precedenti della disposizione citata, segnala

-che l'estensione della forma elettronica ad atti non contrattuali (cioè unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale), desumibile dall'ampia dizione

di *documento* di cui all'art. 1, lett. p) CAD, poteva comunque trovar già «base nell'art. 1324 c.c.»¹²; e

-che il *soddisfare comunque* implica costitutivamente, della forma elettronica, una «piena validità e rilevanza agli effetti legali», anche laddove, per il prodursi di una vicenda effettuale, non trova un positivo riscontro il principio di libertà di forma.

Donde l'assunto, di abituale riscontro, che il documento informatico con firma elettronica qualificata possa sostituire a tutti gli effetti la forma scritta *ad validitatem* e di questa ne ricalchi pressoché *in toto* la disciplina. Ove il pressoché allude agli adattamenti resi necessari dalla peculiarità dello strumento tecnologico (l'avere la firma digitale una durata limitata: art. 24, 3 co. CAD; l'essere sì una sottoscrizione giuridicamente impegnativa ma con possibili limiti, documentati nel certificato di rilascio, di uso e di valore: art. 28, 3 co., lett. b e c, CAD): e manco un po' –si badi- alla pretesa inidoneità della scrittura privata informatica a dematerializzare *tutti* i contratti solenni¹³.

Ora, è vero che pure la lettera dell'art. 1108 – 1 *code civil* discorre di un *atto giuridico* (*acte juridique*) –espressione altrettanto generica- che, quando la forma scritta è richiesta per la validità, può essere redatto e conservato in forma elettronica; e, già ad una prima scorsa, non troppo si discosta dalla previsione italiana manco la lettera del § 126a *BGB* se, per il caso della forma scritta legale (*Schriftform*) sostituita da quella elettronica (*elektronische Form*), contempla l'obbligo per l'autore della dichiarazione di «*seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen*» (cioè di apporvi il proprio nome ed aggiungere al documento una firma elettronica qualificata ai sensi della legge sulla firma). Se non fosse –notazione nient'affatto pleonastica- che le due disposizioni citate si iscrivono all'interno di una trama normativa che conosce, in verità, una pluralità di eccezioni: le quali, pur se etichettate come deroghe o *spezielle Vorschriften*, dimidiano la cd. rilevanza e validità, a tutti gli effetti, della scrittura privata digitale. Di qui l'esigenza di riflettere e meglio compulsare il dato normativo allo scopo di acclarare:

-ove si ammetta l'esistenza di uno scarto tra l'esperienza italiana e quella franco – tedesca, del

¹² Così A. GENTILI, *Documento elettronico: validità ed efficacia probatoria*, cit. p. 150 (pure per la citazione che segue).

¹³ Emblematico è quanto scrivono –perentoriamente- E. TOSI, *Procedimenti formativi e forme del contratto virtuale* e G. FINOCCHIARO, *Documento informatico, firma digitale e firme elettroniche*, in *Commercio elettronico*, a cura di C. Rossello – G. Finocchiaro ed E. Tosi, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XXXII, Torino, 2007, p. 192 ss. e p. 319 ss. nonché, nella dottrina francese, F. TERRÉ – P. SIMLER – Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 9 ed., Paris, 2005, n. 254.

¹⁰ Di *charme consumeriste* ha parlato, per primo, D. MAZEAUD, *Les vices de la protection du consentement du consommateur*, in *D.*, 2002, p. 74.

¹¹ V., per tutti, A. GENTILI, *Documento elettronico: validità ed efficacia probatoria*, in *I contratti informatici* (a cura di R. Clarizia), Torino, 2007, p. 132 ss. e p. 148 ss.



perché esista un siffatto distinguo; e, se così stanno le cose, di quale dei due approcci normativi si possa dire davvero *conforme* al diritto comunitario¹⁴;

-ove invece si ritenga che il discostarsi tra le due esperienze sia più nominale che reale, come mai possa accadere che l'imperativo di una tutela (ottimale) dei consumatori e la categoria (normativa) della forma elettronica possano rappresentare dei valori destinati a collidere.

All'illustrazione del problema sono destinate le pagine che seguono.

3.1. Il quadro normativo tedesco.

Stante il ricorrere di una equivalenza funzionale (la cd. *Funktionsäquivalenz* di cui al § 126 Abs. 3), la forma elettronica - si trova scritto- «*grundsätzlich kann die... gesetzliche Schriftform ersetzen*». Ma, vale aggiungere, le eccezioni -*gesetzliches Verbot* è l'espressiva formula adottata- sono così tante da indurre a pensare che il *Funktionsäquivalent zur Schriftform* conosca e si raccordi con una controtegola. D'altronde il divieto è espresso con la formula, lessicalmente rafforzativa, *ausgeschlossen*, in luogo del più tenue *Verwehren*. Donde il ragionevole convincimento che la neutralità tecnica del formalismo elettronico non si possa pavesare di una equivalente neutralità assiologica.

Il catalogo delle *spezielle Vorschriften*, suddivisibile ordinativamente in tre classi, ognuna predicata da una propria (e distinta) *ratio* eccettuativa, si apre con la *Fallgruppe* che annovera i §§ 484, Abs. 1 (*Teilzeit - Wohnrechtverträge*, cioè i contratti di *timesharing* immobiliare), 761 (*Leibrentenversprechens*, promessa di rendita vitalizia ove finalizzata al mantenimento [*Unterhalt*] della famiglia), 766 (*Bürgschaft*, fideiussione), 780 e 781 (rispettivamente *Schuldversprechen* e *Schuldanerkenntnis*, cioè promessa di pagamento e ricognizione di debito): e la si giustifica col fatto che il legislatore tedesco si è attenuto a quanto statuiva la direttiva 2000/31 CE sia a livello di considerando (36) che di articolato normativo (art. 9, 2 co.), riguardo al potere discrezionale degli Stati membri di non riferire la disciplina della forma elettronica alle fattispecie di cui alla lett. C (contratti di fideiussione o di garanzie prestate da persone che agiscono a fini non professionali)¹⁵. Nella convinzione, velatamente fatta in-

tendere, che questi atti generino delle vicende obbligatorie troppo gravose per la parte promittente. Il riferimento alla circostanza che il divieto di forma elettronica, per il contratto (traslativo) di *timesharing* immobiliare, si spiega col fatto che la *Warn* e *Beweisfunktion* verrebbero altrimenti a svolgere un valore marcatamente esiguo, è emblematico di come si ragioni. Com'è stato fatto notare¹⁶, «*der Gesetzgeber war zudem der Meinung, die elektronische Form sei mit den zwingenden Vorgaben des TSRL unvereinbar*». Senza trascurare, vien fatto d'aggiungere, la limitazione (facoltativa) di cui alla lett. A) dell'art. 9 della direttiva 2000/31 CE (contratti che istituiscono o trasferiscono diritti relativi a beni immobili, diversi da quelli in materia di locazione).

La seconda classe è la più significativa: la introduce(va) il § 492, Abs. 1 (*Verbraucherdarlehensvertrag*, contratto di mutuo del consumatore) e, stante poi la sua valenza ultrattiva, per l'esplicito richiamo fatto al requisito della sola forma scritta (*Schriftform*), vi erano ricompresi i §§ 499, 500, 501 e 507 (per il caso dei neoimprenditori, *Existenzgründer*)¹⁷ disciplinanti, rispettivamente,

-i contratti con cui un professionista concede al consumatore, a titolo oneroso, un dilazione di pagamento o un altro tipo di aiuto finanziario (*Zahlungsaufschub/sonstige Finanzierungshilfe*),

-i contratti di *leasing* finanziario tra un professionista ed un consumatore (*Finanzierungsleasingverträge*),

-i negozi a pagamenti parziali (*Teilzahlungsgeschäfte*).

Qui la motivazione accampata era di più suggestivo (ed immediato) impatto: visto che la forma elettronica ha un carattere presuntivamente meno protettivo per il consumatore, il regime di eguaglianza tra scritto cartaceo *ad validitatem* e scritto elettronico patisce una necessaria eccezione. Ove *necessaria* sta per organica agli *standards* minimi di tutela riservati al consumatore. Quindi sono contratti che *devono* essere conclusi per iscritto (*sind... schriftlich abzuschließen*), salvo che non sia prevista una forma più severa (*soweit nicht eine strengere Form vorgeschrieben ist*). D'altronde, a voler ri-

Recht elektronischer Signaturen, in *NIW*, 2001, pp. 1817 - 1819 e S. HÄHNCHEN, *Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr*, in *NJW*, 2001, p. 2831 ss.

¹⁴ Cfr. M. MARTINEK, *sub* § 484, in *Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz u. Nebengesetzen*¹⁵, Berlin, 2004, p. 883. Si veda poi, nello stesso senso, P. MARBURGER, *sub* § 780, in *Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz u. Nebengesetzen*¹⁵, Berlin, 2002, p. 85 s. (sull'inidoneità della forma elettronica in termini di *Übereilungsschutz*).

¹⁷ Salvo che l'importo netto del mutuo o il prezzo da pagare in contanti superi i 75.000 euro.





prendere una notazione consolidata¹⁸, era –si diceva– la direttiva sul credito al consumo (87/102/CEE) a prescrivere la forma scritta del contratto: e non risultava che il legislatore comunitario del Duemila avesse inteso sovvertire, retrocedendolo di grado, lo *Schutzniveau* del consumatore. Dopo di che, quanto valeva per la disposizione principale si irradiava, a mo' di complemento necessario, alle singole *species* –su citate– di rapporti *b2c*.

Per effetto –ecco la ragione del precedente imperfetto– della recentissima riforma del luglio scorso, in recepimento della nuova direttiva sul credito al consumo, il quadro normativo ha subito una sensibile (e significativa) mutazione: che, per quanto qui interessa, si è tradotta nell'abrogazione del § 492, *Abs.* 1, nella parte in cui statuiva che *der Abschluss des Vertrags in elektronischer Form ist ausgeschlossen*. Ma, si badi, non per questo risulta venuta meno la ragione del distinguo fino ad ora fatto: e non solo perché è ancora tutto da vedere quanto l'abrogazione valga *in complexu* e *nello stesso modo* per tutte le disposizioni poc'anzi citate¹⁹. Gli è che la modifica del § 492, *Abs.* 1, originata dalla formulazione ondivaga dell'art. 10, § 1 dir. 2008/48/CE²⁰, non è, per vero, congegnata in modo tale da spazzare via tutti i dubbi pregressi sul minor coefficiente protettivo della forma elettronica. Come il dibattito dottrinale francese, lo si vedrà tra poco, in un ordinamento che fin dall'inizio è stato diversamente orientato, lascia trasparire.

Chiude il catalogo delle eccezioni, per tornare all'elencazione, il combinato disposto dei §§ 623 e 630 BGB: il primo relativo alla disdetta (*Kündi-*

gung) ed al contratto di scioglimento dei rapporti di lavoro (*Auflösungsvertrag*); il secondo all'obbligo di rilascio di attestati scritti sul rapporto di servizio e sulla sua durata (*Pflicht zur Zeugniserteilung*). Entrambi hanno in comune la circostanza –si dice²¹– che il dettato comunitario regola soltanto la formazione del contratto telematico, di talché il legislatore nazionale ben si può ritenere affrancato per quanto riguarda le vicende del rapporto.

Orbene, è agevole intendere quale significato possa avere un siffatto delimitare –per sottrazione progressiva– l'ambito di operatività dell'*elektronische Form*: per certune operazioni, governate da norme imperative secondarie di protezione²², la prescrizione comunitaria a che la disciplina nazionale non osti all'impiego dei contratti elettronici, è cancellata. E –si badi– non svolge alcuna funzione preclusiva la circostanza che, secondo la tradizione dogmatica tedesca, il documento elettronico (*digitale Dokument*) non sia equiparabile all'*Urkunde* perché gli fa difetto il requisito della necessaria incorporazione in uno scritto (*schriftliche Verkörperung*) della dichiarazione di volontà (*Willenserklärung*) o di un pensiero (*Gedanke*)²³. Gli è che, stante la maggiore meritevolezza riconosciuta all'interesse del consumatore, può venire vanificata la validità e l'efficacia di certuni tipi contrattuali *in quanto* stipulati in via elettronica. Si aggiunga che il numero delle eccezioni (*Ausnahmen*) non si impronta certo ad un principio di testualità, se è vero che la formula aperta del § 126, *Abs.* 3 –*ergibt* sta per 'risulta' e non per 'dispone'– si mostra proclive a tratteggiare un sistema di *tassatività virtuale*.

Dunque un articolato normativo alquanto variegato: anche se, sia consentito anticiparlo, il modo corretto di problematizzare la questione non pare consistere nell'affidarsi alla registrazione di un numero maggiore (*plus de loi*) o minore (*moins de loi*) di eccezioni, quanto nell'interrogarsi su come davvero assicurare una *garanzia equilibrata* al consumatore²⁴. Del resto il disposto del § 507, *Abs.* 1 BGB, laddove riconosce alla forma informativa (*Textform*), ove assicuri un'accurata conoscenza del contenuto contrattuale, l'attitudine di superare il li-

¹⁸ Lo rileva(va) S. KESSAL – WULF, *sub* § 492, in *Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz u. Nebengesetzen*¹³, Berlin, 2004, p. p. 113 e p. 115 s.

¹⁹ Di cui è cambiata pure, giova evidenziarlo, la numerazione: v. §§ 506 (per i *Zahlungsaufschub, sonstige Finanzierungshilfe*), 507 (per i *Teilzahlungsgeschäfte*) e 512 (*Anwendung auf Existenzgründer*).

²⁰ Stando al quale il contratto va redatto su di un supporto cartaceo o, in alternativa, su di un altro supporto durevole. Tra l'altro, se si dovesse credere che la nuova direttiva, nell'intento di promuovere ed incentivare la stipula di contratti transfrontalieri, ha delineato uno schema formativo più snello, potrebbe pure concludersi ch'essa non prospetta, in realtà, alcuna *forma come requisito di struttura*: casomai una forma scritta *ad probationem*, rivolta esclusivamente a responsabilizzare le parti ed a permettere –al consumatore/cliente– di avere piena contezza del contenuto dell'intesa stipulata. Ma il fatto è che gli è tutto da vedere se davvero non sussistono le condizioni per rinnovare un'interpretazione più rigorosa del dato comunitario. Come, per il vero, risulta dal formante tedesco: il contratto di mutuo... e la procura rilasciata per la stipula di tale contratto sono infatti nulli *wenn die Schriftform insgesamt nicht eingehalten ist* (§ 494, *Abs.* 1). Più in generale, sulla questione, per un quadro complessivo, corredato dalle relative indicazioni bibliografiche, sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *Il contratto di credito al consumo tra vecchi e nuovi formalismi*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 295 ss.

²¹ Cfr. C. HERTEL, *sub* § 126a, in *Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz u. Nebengesetzen*¹³, 1 (*Allgemeiner Teil*), 3, Berlin, 2004, p. 735 ss. e D. EINSELE, *sub* § 126a, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, Bd. 2, München, 2006, p.

²² V., a tal riguardo, J. BASEDOW, *Freedom of Contract in the European Union*, cit. §§ 3.2 e 4.

²³ V., in special modo, K. OERTEL, *Elektronische Form und notarielle Aufgaben im elektronischen Rechtsverkehr*, in *MMR*, 2001, pp. 419 – 421.

²⁴ Che questo sia il *proprium* della questione, preso d'atto dell'«*acceptation de l'écrit comme signature électronique*», lo rileva pure M. VIVANT, *La protection du cyberconsommateur entre tentations, tensions et hésitations*, cit. p. 1155.

mite –generale- alla dematerializzazione dei contratti formali, sta lì a dimostrarlo.

3.2. ... e quello francese.

16 Diverso il panorama normativo francese: per difetto però, non per eccesso²⁵.

Tra le fattispecie ove la forma elettronica è bandita figurano infatti, nel segno della direttiva, quelle menzionate nelle lettere c) e d) dell'art. 9, 2 co. (atti relativi a garanzie reali o personali, di natura civile o commerciale; i negozi familiari e successori): ma, si ha cura di rilevare²⁶, se stipulate per scrittura privata (*sous seign privé*: art. 1108 – 2 *code civil*) giacché, se confezionate per atto pubblico, si mostrano più che idonee ad assecondare lo scopo di protezione del promittente. Donde il palesarsi del *proprium* dell'ordinamento francese: che, conoscendo la fattispecie dell'atto pubblico digitale (art. 1317, 2 co., *code civil*), affida all'*acte authentique électronique* la corretta osservanza degli obblighi di informazione ed il coevo rispetto degli standards di qualità del contenuto contrattuale²⁷. Non a caso i contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili ben possono concludersi in *forme électronique* (art. 121 – 61 *c. consom.*).

Con una piccola chiosa (che non è, però, di poco conto). E' vero che la scriminante della tutela consumerista, diversamente da quanto (era ?) dato registrare nel sistema tedesco, non disarticola il principio (francese) di equivalenza –tra *l'écrit sous forme électronique* e *l'écrit sur support papier* – quanto all'area del credito al consumo (art. L. 312 -7 *c. consom.*): ma la ragione che si adduce –la (discutibile) contrarietà delle istituzioni comunitarie a farla

allora figurare nella lista delle eccezioni²⁸ - è emblematica di come ci si avveda che la *dématérialisation* dei contratti solenni ponga un serio problema, in termini sia di *an* che di *quomodo*, di garanzia per il consumatore. Che soltanto la rigida osservanza di un principio di stretta legalità impedisce ai giudici francesi, in assenza di una testuale disposizione eccezzuativa, di coniare *ope interpretationis*. In ogni caso il formalismo tradizionale dell'*écrit sur support papier* rimane l'unico ammesso nelle garanzie personali tra professionisti e consumatori (art L. 341 -2), diversamente da quanto è dato registrare per le *sûretés personnelles ou réelles... passées par une personne pour les besoins de sa profession* (art. 1108 – 2 c.c.): e, va detto, se è opinione comune che sia da intendere come un atteggiamento ingenuamente paternalista il giudicare –*sic et simpliciter*- il formalismo elettronico *ad validitatem* come una minaccia per il consumatore, non foss'altro per il fatto che talora è «*plus facile de dire non à distance qu'en face d'une personne aguerrie à l'art de la séduction*»²⁹, residuano comunque dei distinguo. La forma elettronica sortisce infatti l'effetto di rendere «*entamée*» l'efficienza rimediale della tutela consumerista in quanto, com'è stato messo ben in evidenza³⁰, il *defilement* (di una sequenza di clausole sulla pagina *web*) ed il significato psicologico (di un *clic*) non possono certo rimpiazzare la possibile (ancorché non usuale) lettura minuziosa (di un documento cartaceo) e la firma di pugno (di chi si obbliga). A tacer del fatto che il fascino seduttivo dell'«*écran d'ordinateur*» rischia di indurre a «*contractée à la légère*»³¹. Insomma, per quanto in modo meno categorico che tra gli interpreti tedeschi, aleggia pure nella dottrina francese la sensazione che un uso indiscriminato dell'*écrit sous forme électronique* sia sinonimo di un riparto di tutela sperequato, a tutto vantaggio del professionista³². Il che, lo si fa notare³³, è incomprensibile visto che vi sarebbero tutte le condizioni per proteggere entrambi i soggetti in modo soddisfacente.

²⁵ Come si può arguire spigolando tra le pagine di quanti, in quel contesto, hanno affrontato *ex professo* la questione: si vedano, in particolare, J. HUET, *La problématique du commerce électronique au regard du projet de directive du 23 décembre 1998*, in *Com. com. électr.*, 1999, *chron.*, n. 4; Id., *Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, in *Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais – Auloy*, cit. pp. 507 - 516; L. GRYNBAUM, *La directive "commerce électronique" ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique*, in *Com. com. électr.*, 2001, *chron.*, n. 18; S. PIEDELIÈVRE, *Droit de la consommation*, Paris, 2008, p. 59; Y. PICOD – H. DAVO, *Droit de la consommation*, Paris, 2005, p. 123 s.

²⁶ Così J. HUET, *Le code civil et les contrats électroniques*, in *Le code civil: 1804 – 2004. Un passé, un présent, un avenir*, a cura di Y. Lequette e L. Leveneur, Dalloz, 2004, p. 551 s.

²⁷ Il paradosso, si fa notare, è solo apparente «*car un acte authentique, même électronique, est dressé sous la responsabilité d'un officier public qui saura veiller [sulla] qualité et... bonne information des parties*»: così J. HUET, *Le code civil et les contrats électroniques*, cit. p. 553.

²⁸ Cfr. J. HUET, *op loc. ult. cit.*

²⁹ Y. PICOD – H. DAVO, *Droit de la consommation*, cit. p. 124.

³⁰ V. CHRISTIANOS – F. PICOD, *Rép. droit communautaire*, Dalloz, v. *Consommateurs*, n. 258; J. HUET, *Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, cit. p. 507 (il «*consommateur a particulièrement besoin de protection dans le commerce électronique*») e D. FENOUILLET, *Obs. in RDC 2004*, p. 963 (che pare, però, un po' troppo limitare il discorso ad una –frusta- visione binaria di regola/eccezione).

³¹ Sono parole di J. HUET, *Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, cit. p. 507.

³² Emblematico quanto scrive S. PIEDELIÈVRE, *Droit de la consommation*, cit. p. 371 riguardo alla fattispecie del credito al consumo.

³³ Cfr. D. FENOUILLET, *op. loc. ult. cit.*



3.3. La dialettica degli opposti nel sistema italiano: art. 11 del d.lgs. 70/2003 v. art. 20, 2 co., CAD ?

Rebus sic stantibus, come intendere allora il dato normativo italiano ? Se è vero infatti che il disposto dell'art. 20, 2 co., CAD si mostra nei termini che sono stati poc'anzi ricordati, manco può omettersi di rilevare che l'art. 68 del c. cons., sotto il capo II Commercio elettronico e rubricato "rinvio", dispone l'applicabilità, ai rapporti commerciali di consumo che si avvalgono dello strumento telematico, per «*gli aspetti non disciplinati dal presente codice*», della normativa contenuta nel d. lgs. 70/2003. E siccome, dato sorprendente, l'art. 11 di questo testo, titolato significativamente *Esclusioni*³⁴, null'altro è che una fedele trasposizione –*rectius* un calco– di quell'art. 9 dir. 2000/31, contemplante il regime comunitario delle eccezioni, si impone l'esigenza di capire il significato di questo rinvio. Che, si prenda nota, contrariamente a quanto è usuale leggere, non va inteso nel senso di un art. 68 come disposizione contemplante il rinvio ai *solis* artt. 12 e 13 del d. lgs. 70/2003: che, nell'ordito del decreto, governano il regime delle informatori obbligatorie imputate al professionista. Donde, a seguire questa lettura, il convincimento che il rapporto tra i due corpi normativi sia, per così dire, di tipo *unilateralmente additivo*, in vista dell'acquisizione di un elevato livello di trasparenza informativa per il consumatore. Ad intendere così la norma si trascura, infatti di considerare due aspetti:

-intanto che un'espressa esclusione investe, come risulta d'altronde dal combinato disposto degli artt. 4 e 5 del d. lgs. 70/2003, soltanto i commi 1 e 2 dell'art. 3. Che, in effetti, non si applica alle obbligazioni contrattuali riguardanti «i contratti conclusi dai consumatori». Ma, si badi, nulla è disposto riguardo all'art. 11. E poi

-che il senso dell'art. 68 c. cons. può ben essere quello di consentire l'applicazione di *tutte* le disposizioni iscritte nella trama del d. lgs. 70/2003: *aggiuntive e/o derogative* ch'esse poi siano. E sostenere, com'è stato fatto, che i «due» (*rectius* i tre, dovendosi contare pure il CAD) formanti normativi

³⁴ Anzi, come fa notare F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, in *Tratt. dir. econ.*, diretto da E. Picozza ed E. Gabrielli, Padova, 2004, I, p. 159 s. è sorprendente che il legislatore italiano non si sia avveduto di aver trasformato una *mancata applicazione* (art. 9, 2 co. della direttiva 2000/31/CE: "Gli Stati membri possono decidere che il paragrafo uno non si applichi a tutti o a taluni contratti delle seguenti categorie...") in una *preliminare esclusione*. Un travisamento che alimenta, però, più di un dubbio sulla vocazione generalista e non restrittiva del legislatore italiano.

costituiscono «un quadro strutturalmente unitario e sistematicamente omogeneo»³⁵, serve a poco: essendo proprio questo, come ognuno può vedere, il *thema probandum*. Donde l'esigenza di riflettere meglio e più diffusamente sull'intera questione.

3.4. Segue: l'art. 11 come norma tacitamente abrogata o applicabile nei limiti della compatibilità. Esclusione.

Stante infatti la circostanza che, per quanto ci si affanni, non si può negare l'esistenza di un (evidente) difetto di coordinamento tra l'art. 20, 2 co., CAD e il testé citato art. 11, è con l'ausilio di tre interpretazioni utili che si può tentare di dirimere il problema. Col qualificativo *utili* ad indicare che le tre letture sono tutte plausibili: con la (sola) variabile, naturalmente, di un differenziato grado di attendibilità a contrassegnarle.

La prima interpretazione, che vien sì d'istinto ma con l'impressione ch'essa sia innegabilmente afflitta dal limite di un corredo argomentativo claudicante, è di immaginare un art. 20, 2 co., CAD nella veste di una disposizione che ha abrogato tacitamente l'art. 11. *Tacitamente* in quanto non risulta che alcuna previsione specifica del CAD abbia *expressis verbis* soppresso questa o quella disposizione del d. lgs. 70/2003: manco quell'art. 91 che riporta l'elenco complessivo di tutte le disposizioni cancellate. Si può allora motivare l'abrogazione solo adducendo come argomento il canone –generale– della successione delle leggi nel tempo, secondo la logica, in caso, di antinomia, di preferenza per la *lex posterior*³⁶. Abrogazione, quindi, *per nuova disciplina dell'intera materia*, la quale per definizione prescinde dalla circostanza che, tra i due corpi normativi succedutisi nel tempo, ricorra un'incompatibilità generale o per questioni singole³⁷.

Già, se non fosse che ad un siffatto argomentare ostano, già di primo acchito, due fattori: da un lato la circostanza che l'art. 20, 2 co., è sì norma generale, ma sempre e soltanto *pro parte*. Il CAD, com'è a

³⁵ Così, con un diffuso apparato argomentativo, A. RIZZI, *sub art. 68 c. cons.*, in G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2008, p. 181.

³⁶ Così –per lo meno implicitamente– E. TOSI, *Procedimenti formativi e forme del contratto virtuale*, cit. p. 194; G. FINOCCHIARO, *Documento informatico, firma digitale e firme elettroniche*, cit. p. 332 s. ed E. A. EMILIOZZI, *Le firme elettroniche*, Napoli, 2006, p. 90 ss. e pp. 135 – 137.

³⁷ Sul diverso oggetto dell'abrogazione, le disposizioni (ove espressa), le norme (e non i singoli enunciati normativi ove tacita), v., per tutti, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 294 e A. PIZZORUSSO, *L'abrogazione come strumento di semplificazione del sistema normativo*, in *Regioni*, 2000, p. 799 ss.

tutti noto, ignora la figura dell'atto pubblico elettronico: sicché la *dématérialisation* non potrà certo riguardare i contratti e le convenzioni che necessitano, a pena di nullità, del *solo* atto pubblico (artt. 162, 768 *ter* e 782 c.c.)³⁸. Per non parlare del fatto –concomitante– che, in assenza di una espressa previsione autorizzativa, manco si possono stipulare elettronicamente i contratti e le convenzioni, a forma vincolata, che richiedono per legge l'intervento di organi giurisdizionale (art. 158 c.c., riguardo all'omologazione degli accordi di separazione consensuale), pubblici poteri o professionisti esercenti pubblici poteri (artt. 374 – 375 c.c.; art. 411 c.c., quanto ai contratti nell'interesse del minore o dell'incapace; artt. 72 ss. L. fall., riguardo ai contratti in corso, aventi ad oggetto la massa fallimentare)³⁹: che, come si ricorderà, sono proprie le fattispecie riportate nella lettera b) della direttiva (art. 9) e del decreto 70/2003 (art. 11, lett. B). Di qui un catalogo di eccezioni che frustra –e restringe già di per sé– il tasso di generalità dell'art. 20, 2 co.⁴⁰. C'è poi –ecco il secondo rilievo critico– il problema di una carenza dei presupposti richiesti a che trovi applicazione l'art. 15 delle preleggi: che, notoriamente, postula il ricorrere di due previsioni omogenee, regolanti *per extenso* la materia, non certo di una *norma generale* (l'art. 20, 2 co.) cui si affianca una *speciale* (l'art. 11). Perché, ove invece sia questo il contesto normativo di riferimento, ad operare come criterio ordinativo sarà –evidentemente– il principio (diverso) per cui la legge speciale deroga a quella generale (*lex posterior generalis non derogat priori specialis*). Con tutto quello che ne consegue, nell'ipotesi qui descritta, quanto al significato pervasivamente estensivo dell'art. 20, 2 co. Che, sia detto per inciso, manco è annoverabile tra quelle disposizioni che, per il fatto di esplicitare un intento del legislatore pienamente novativo, assicurano il primato del criterio cronologico⁴¹.

La seconda interpretazione, che con la prima condivide invero il fatto d'essere decisamente con-

³⁸ Lo segnala F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, cit. p. 149.

³⁹ V., a tal riguardo, ma in termini che sono di segno critico, F. DELFINI, *op. ult. cit.* p. 150 (ove la prospettazione di una stipula per via elettronica dopo il perfezionarsi «in via tradizionale del procedimento giurisdizionale di autorizzazione»).

⁴⁰ Particolare che sfugge, vista la perentorietà dei rilievi formulati, a livello di dispositivo e di motivazione, a Trib. Chieti, 21 febbraio 2008 (ined.) che riferisce l'art. 20, 2 co. a tutti i contratti traslativi immobiliari e, nella giurisprudenza amministrativa, a Cons. Stato, 11 aprile 2007, n. 1653, in *Dir. Internet*, 2008, I, p. 63 ss. (secondo la quale la firma digitale costituisce soltanto «modalità diversa rispetto alla sottoscrizione tradizionale per iscritto») nonché T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 8 febbraio 2008, n. 664, ivi, 2008, p. 390 ss.

⁴¹ Secondo i *dicta* di Corte cost., 8 maggio 1995, n. 153 (in *Cons. Stato*, 1995, II, p. 839 ss.) e 18 novembre 2000, n. 503 (in *Foro it.*, 2001, I, c. 30 ss.).

trovertibile, è quella di ipotizzare un d. lgs. 70/2003 nei termini di un articolato normativo che si applica alla contrattazione telematica nella misura in cui *compatibile*: ove la compatibilità, rispetto alla lettera dell'art. 20, 2 co. CAD postula il riconoscere come eccezioni, le *sole* ipotesi

–di impossibilità giuridica (art. 11, lett. B),

–ove sia ammesso il solo atto pubblico ovvero ricorra

–un espresso divieto di legge (l'art. 458 c.c., per es., riguardo ai negozi di diritto ereditario di cui alla lettera D) del su citato art. 11).

Quindi, a ben guardare, di nuovo un'abrogazione tacita⁴², *per incompatibilità* ovvero *parziale*⁴³, stante l'impossibilità di conciliare previsioni di legge contrastanti. Se non fosse che, pure a tal riguardo, c'è un'obiezione fin da subito opponibile: da rinvenire nella circostanza che il criterio ermeneutico della compatibilità solitamente si abbina a problemi connessi alla *diversa struttura* della fattispecie. Come si evince, d'altronde, dalla lettera dell'art. 1324 c.c. A tacer poi del fatto che, se il senso dell'art. 11 fosse davvero quello testé ipotizzato, si farebbe comunque mostra di voler declassare la disposizione al rango di un mero verbalismo, stante la previa esistenza di norme codicistiche autosufficienti nel comminare di singoli divieti.

Molti dubbi, quindi, che la questione del coordinamento tra l'art. 20, 2 co. CAD e l'art. 11 d. lgs. 70/2003 si possa risolvere in una logica a tutto vantaggio del primo. Gli è infatti che una prospettiva del genere rischia di rivelarsi fuorviante. Come nel paragrafo che segue si avrà modo di evidenziare.

3.5. L'interpretazione restrittiva dell'art. 20, 2 co. CAD ed il delinarsi di un concorso di fonti normative.

La terza interpretazione che si può utilmente suggerire consiste infatti nell'immaginare un concorso di fonti normative: col disposto dell'art. 11 a circoscrivere quanto l'art. 20, 2 co., CAD non può regolare. Rispettivamente, accanto alle figure, già escluse *per relationem*, menzionate nelle lettere B e

⁴² Che l'abrogazione tacita si possa dire pure *giurisprudenziale* si da contrapporla a quella espressa (e quindi *legislativa*) è l'avviso di R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit. p. 246. Sul fatto poi che tra due previsioni normative, succedentisi nel tempo, possano risultare dapprima incompatibili ed in un secondo momento conciliabili a motivo «del mutamento di significato che una delle due abbia subito», v. F. SORRENTINO, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 17.

⁴³ Sul fenomeno dell'abrogazione parziale, provocata da una legge successiva denominabile pure come *deroga*, v. F. MODUGNO, *Abrogazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, I, p. 5.



D, le fattispecie di cui alla lett. A (contratti costitutivi o traslativi di diritti relativi a beni immobili) e C (contratti di fideiussione o di garanzie prestate non professionalmente). E', facile da rilevare, un'esegesi restrittiva del dato normativo che può però contare, in termini di interpretazione teleologica, su due argomenti di innegabile spessore:

- sul fatto che le finalità di trasparenza/informazione e protezione, contro decisioni avventate del consumatore, non sono – indiscutibilmente – troppo congeniali alla scrittura privata digitale⁴⁴; e, *pour cause*, sul dato complementare

- che l'art. 1, 3 co., dir. 2000/31 CE si perita di far comunque salvo il livello pregresso di tutela assicurato dalle altre direttive consumeriste. Donde, se si muove dall'assunto che la *dématérialisation* in qualche misura compromette l'interesse del consumatore (*Verbraucherbegriff*), il rigetto di ogni opzione ermeneutica che non sia servente a questa *ratio*. Del resto, conviene metterlo ben in evidenza, chi si pone la questione dei *post – contract disclosures*, in termini di opponibilità delle clausole modificative del regolamento contrattuale in caso di cattivo funzionamento della *e-mail* o per un problema di compatibilità tra i programmi, non mostra di ragionare troppo diversamente⁴⁵. Sempre infatti è una questione di declinazione dei rimedi che sono più confacenti a *pallier*⁴⁶ le difficoltà (si pensi alla mancata lettura di un allegato) che il consumatore incontra nel negoziare in rete. Ed obiettare che il regime delle eccezioni, preso alla lettera, sortisce l'effetto di contraddire lo spirito di una direttiva – la 2000/31 CE – che obbliga gli Stati a rendere possibile la stipula dei contratti in via elettronica, evitando in pari tempo un regime normativo discriminante in ragione della *sola* negoziazione telematica, serve a poco: perché non ci vuol molto ad avvedersi che le fattispecie sub a) e sub c) riguardano essenzialmente contratti *b2c*⁴⁷.

Come replicare ? Perché è innegabile che una lettura del genere solleva tutta una serie di obiezioni. Se ne segnalano, a mo' di compendio critico, due.

⁴⁴ Così già S. KESSAL – WULF, *sub* § 492, cit. p. 112

⁴⁵ Si allude allo scritto di J. BRAUCHER, *Rent – Seeking and Risk – Fixing in the New Statutory Law of Electronic Commerce: difficulties in Moving Consumer Protection Online*, in *Wis. L. Rev.*, 2001, p. 527 s. e p. 538.

⁴⁶ L'espressione è di J. HUET, *Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, cit. p. 516.

⁴⁷ Come fa(ceva) notare J. HUET, *La problematiquedu commerce électronique au renard du projet de directive communautaire du 23 décembre 1998*, in *CCE, déc.* 1999, p. 9, n. 14 era difficile concepire, nel diritto nazionale, un livello di protezione maggiore di quello palesato in sede comunitaria, «*en maintenant, ici ou là, l'exigence d'un écrit - papier*».

Che dire, ad esempio, per il contratto di *timesharing* immobiliare ove l'art. 71, 1 co., c. cons. prescrive testualmente la forma scritta a pena di nullità ? Il fatto è che manco può essere d'ausilio l'argomento lessicale invalso nel diritto francese che denega il ricorso alla forma elettronica allorché la legge impone una firma di pugno (la *mention écrite de sa main*) anziché l'abituale firma autografa (*mention écrite par lui même*): per l'elementare ragione che il codice italiano, com'è noto, conosce un'espressione simile – *sottoscritto di mano* – solo con riguardo al testamento olografo (art. 602, 1 co., c.c.). Donde il persistere dell'*impasse* interpretativo. Ed è vero che l'art. 25, 1 co., del CAD, contemplando l'autentica notarile della firma digitale, con gli effetti di cui all'art. 2703 c.c., conia un procedimento che asseconda l'interesse del consumatore⁴⁸. Ma, è facile replicare, per chi muove dall'assunto che sia la stipula elettronica ad essere di per sé pericolosa, a motivo della «*mentalité de certaines sociétés prédatrices*», non è un'obiezione di gran pregio. Non foss'altro – si prenda nota – per il fatto che il rischio di una decisione negoziale irresponsabile, in tal modo è dimidiato ma non azzerato. E se, in ultima battuta, si volesse far leva sul fatto che la forma elettronica, semplificando il procedimento di conclusione, parcelizza l'abbondanza e la complessità di un formalismo informativo decisamente «*paperassier*»⁴⁹, non è che poi si opporrebbe un argomento davvero conclusivo: non è infatti – come si può agevolmente constatare – che la forma elettronica costituisca, per il consumatore medio, uno strumento meno «*difficilement maîtrisable*»⁵⁰ di uno scritto sofisticato minuziosamente articolato.

E *quid iuris*, bisogna aggiungere, per i contratti di credito al consumo, in ragione del richiamo, contenuto nell'art. 124, 1 co., TUB, al disposto dell'art. 117, 1 co. ? Le controeccezioni che ricorrono nell'articolato del BGB – i §§ 504, *Abs.* 2 (in caso di *Eingeräumte Überziehungsmöglichkeit*, con imputazione, come costi, dei soli interessi legali addebitati trimestralmente), 507, *Abs.* 1 (per il negozio a pagamento parziale concluso a distanza ove il contenuto minimo obbligatorio, se espresso in *Textform*, sia stato tempestivamente comunicato al

⁴⁸ E' di questo avviso F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, cit. p. 149 (che estende il discorso a tutti i contratti di alienazione immobiliare). Negli stessi termini – tanto da parlare di «anomalia dell'esclusione» – E. TOSI, *Procedimenti formativi e forme del contratto virtuale*, cit. p. 176 e

⁴⁹ La felice espressione è di F. TERRÉ – P. SIMLER – Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit. n. 254

⁵⁰ Così F. TERRÉ – P. SIMLER – Y. LEQUETTE, *op. loc. ult. cit.* nonché P. Y. GAUTIER, *Le bouleversement du droit de la preuve: vers un mode alternatif de conclusion des conventions*, in *Petites affiches*, 7 febbraio 2000, p. 5, n. 18.



consumatore prima della stipula) e 510, *Abs.* 2 (con riguardo al contratto informale di consegna rateale)-presentano il vantaggio di limitare ma non di risolvere il problema. Di talché, pure qui, l'interrogativo permane, accresciuto dal fitto giustapporsi, a mo' di gioco interpretativo, di argomenti contrari: da un lato la constatazione che la tecnica di procedimentalizzare il consenso, siccome implica il succedersi di più fasi antecedenti l'accettazione, per di più supportate dall'intervento di un terzo certificatore, è in grado di minimizzare il rischio di una *signature in-tempestive*⁵¹; dall'altro la replica –manco troppo sofisticata- che, sì una sequenza di *clicks* precedenti la stipula, corredata dal previo invio delle condizioni generali di contratto, colloca il consumatore in una condizione simile a quella ch'egli avrebbe se negoziasse *de visu* e firmasse di pugno: ma come negare che l'incentivazione della stipula *on line*, implementando la tempistica degli scambi, può aggravare di molto il fenomeno del sovraindebitamento del consumatore?⁵² Quindi un delinarsi di rilievi che, per l'opposta caratura assiologica, insieme stanno ed insieme cadono.

L'impressione infatti è che la sequenza degli argomenti favorevoli e contrari non possa prescindere, nel loro rispettivo dipanarsi, dallo scrutinio della questione che sta a monte di tutto: in difetto di un'espressa disposizione una vicenda effettuale, soggetta all'onere della forma *ad validitatem* o per ragioni di prova, si può riconnettere ad una dichiarazione formulata o documentata elettronicamente?

Se si segue quell'autorevole dottrina secondo cui un «fascio di *bit*» non soddisfa ciò che «gli ordinamenti intendono per dichiarazione [scritta]⁵³», si ha come risultato che non si può prescindere da una singola norma statuyente l'equipollenza. E –si badiha senso parlare di *norma singola* perché è ragionevole pensare che la disposizione di carattere generale –leggi l'art. 20, 2 co., CAD- vedrà comunque circoscritto il proprio operare ove, per il tramite di una riduzione teleologica, si mostri che lo scopo di protezione affidato al *singolo scritto ad substantiam*, non è confacente alla natura della forma elettroni-

⁵¹ Cfr. F. G. TRÉBULLE, *La réforme du droit de la preuve et le formalisme*, cit. p. 15. Nello stesso senso P. Y. GAUTIER – X. LINANT DE BELLEFONDS, *De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent*, in *JCP* 2000, I, n. 236.

⁵² Per un'obiezione simile, nella letteratura francese, J. HUET, *La problématique du commerce électronique au regard du projet de directive communautaire du 23 décembre 1998*, cit. p. 19, n. 14. E' evidente, invece, che non può rappresentare una ragione ostativa il fatto che il professionista sia tenuto a consegnare un esemplare del contratto al cliente (art. 117, 1 co., TUB): potendosi facilmente immaginare un documento elettronico confezionato in più esemplari.

⁵³ Il rilievo si legge in A. GENTILI, *Documento elettronico: validità ed efficacia probatoria*, cit. p. 132 s.

ca⁵⁴. Ove poi, in una versione ancor più restrittiva, si intendesse ragionare in termini di *testualità enumerativa dell'equiparazione*, si potrebbe persino pensare ad un art. 20, 2 co., CAD declassato al rango di previsione ricognitiva dell'articolato minuto ove è disposta l'equipollenza legale. Ma è un approccio, questo, che non convince perché l'interpretazione letterale e l'intelaiatura sistematica dell'art. 20, 2 co., CAD non sembrano offrire spunti in questa prospettiva. A tacer del fatto che una regola di tipicità enumerativa, nel mentre rende alquanto farraginoso il ricorso alla forma elettronica, mal si concilia col principio (comunitario) di non discriminazione dei contratti telematici.

3.6. Epilogo: la decisione *Lodewijk Gysbrechts* (CGE, causa 205/07): l'esigenza di un *congruo equilibrio*, quanto al riparto del rischio contrattuale, negli scambi *b2c*.

Orbene, persuade un siffatto modo di ragionare ove la scrittura privata digitale, nelle fattispecie di forma legale *ad substantiam*, conosce il doppio limite del

-divieto espresso, codicistico o speciale ch'esso poi sia e del

-divieto implicito, concretizzantesi attraverso una operazione giudiziale di *riduzione teleologica* della singola fattispecie legale?

A ben riflettere, senz'altro più di quanto non faccia l'idea secondo cui l'equiparazione tra scrittura privata di diritto comune e «forma elettronica tipica» non conosce eccezioni plausibili⁵⁵, essendo il rischio per il consumatore solo potenziale e circoscritto a determinati casi. In senso contrario vale infatti replicare che, in luogo di una distinzione descrittiva tra forme telematiche tipiche ed atipiche, è d'uopo fare rinvio ad un canone ricostruttivo commisurato all'esigenza (primaria) di contemperare le ragioni dell'efficienza economica con quelle della tutela consumerista. Se è vero infatti che l'esistenza di un diritto del consumatore all'esercizio di pratiche commerciali improntate a principi di buona fede, correttezza e lealtà (art. 2, 2 co., lett. *c-bis* c. cons.) non è di per sé risolutivo, manco è da dimen-

⁵⁴ Di tutt'altro avviso G. FINOCCHIARO, *Documento informatico, firma digitale e firme elettroniche*, cit. p. 332 s. Nel senso invece di una (fondata) critica alla logica dell'equiparazione indiscriminata, quale indice della tendenza ad un utilizzo della forma protettiva in un'ottica «*loin de susciter l'adhésion*», v. S. PIEDELIÈVRE, *Droit de la consommation*, cit. p. 371.

⁵⁵ V., in special modo, E. TOSI, *Procedimenti formativi e forme del contratto virtuale*, cit. p. 192 s. e, in un modo ancor più incisivo, J. PASSA, *Commerce électronique et protection du consommateur*, cit. p. 564 («rien ne justifie donc l'exclusion de l'écrit électronique du domaine des formes solennelles»).



ticare che la giurisprudenza della CGE da tempo riconosce⁵⁶, nelle misure nazionali di *consumer protection*, se informate al principio di proporzionalità, un limite legittimo alla libera circolazione delle merci. Ov'anche –si prenda nota- la normativa nazionale contestata abbia poi come risultato di produrre una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'esportazione (ai sensi dell'art. 29 CE). La decisione *Lodewijk Gysbrechts e Santurel Inter BVBA* –Causa 205/07, giudicata il 16 dicembre 2008⁵⁷- ove, proprio a cagione di una pretesa infrazione al combinato disposto degli artt. 28 – 30 CE, si dibatteva rispettivamente

a) sulla legittimità dell'art. 80, n. 3, della legge belga sui consumatori (che fa divieto al professionista, nel caso di un contratto di vendita a distanza, di richiedere al consumatore il pagamento o un acconto in pendenza del termine ordinario per il recesso) e, a seguire,

b) sull'interpretazione consolidata, offerta di questa disposizione, dalla giurisprudenza (che comprendeva nel divieto il richiedere al consumatore, nello stesso lasso di tempo, il numero della carta di credito)⁵⁸,

è, in tal senso, davvero emblematica⁵⁹. Lungi dal qualificare come *esistenziale* il diritto del consumatore all'autodeterminazione volitiva⁶⁰, la Corte, di

concerto con l'argomentare dell'Avvocato Generale, mostra infatti di concentrare l'attenzione sulla circostanza che la tutela del consumatore è senz'altro annoverabile tra le esigenze imperative integranti i motivi – di esonero dal divieto di restrizioni quantitative tra gli stati membri – contenuti nell'art. 30 CE. Se non fosse che un *livello elevato* di tutela del consumatore, onde evitare ecceda il suo scopo⁶¹, conosce –*costitutivamente*- il limite dell'interesse a che il professionista non resti esposto al rischio di non ricevere *mai* il pagamento. Di qui l'attestazione di conformità al diritto comunitario della normativa sub a) (nella misura in cui consolida il diritto del consumatore di recedere dal contratto senza alcun rischio) unita però al contestuale rigetto dell'interpretazione estensiva sub b) perché, nella misura in cui esplicita una *ratio* protettiva sproporzionata, osta ad una corretta applicazione dell'art. 29 CE. Il che, per quanto qui interessa, rafforza però senza smentirla, nell'ottica di un sistema remediale contraddistinto da un test interno di *ragionevolezza*, l'idea che debbano esservi dei limiti alla *dématérialisation* dei contratti solenni. Se infatti la premessa del ragionamento è che debba *sempre* esistere un «congruo equilibrio» tra finalità protettive (del consumatore) e ragioni del mercato⁶², non potrà allora che procedersi allo stesso modo nel riparto, tra professionista e consumatore, del rischio specifico connesso alla singola operazione economica. Con tutto quel che ne consegue –è evidente-, nell'ottica di valorizzare tecniche protettive «ugualmente efficaci per la tutela dei consumatori ma dagli effetti meno restrittivi sul commercio intracomunitario»⁶³, allorché la contrattazione in serie si combina col fenomeno delle nuove tecnologie: sia questione poi di fornire il numero della carta di credito (ma senza il contestuale addebito dell'importo dovuto) o di negoziare per il tramite di una scrittura privata digitale. Ciò che conta, infatti, è che «il livello di tutela del consumatore», stante il costituirsi delle obbligazioni contrattuali *on line*, «non [risulti] indebolito in alcun modo»⁶⁴. Niente, come si vede,

⁵⁶ Si vedano a tal proposito –il *leading case* è la celebre causa 120/78, del 20 febbraio 1979, *Rewe – Zentral*, detta notoriamente “*Cassis de Dijon*” (in *Racc.* p. 649, §§ 8 e 47)- CGE 11 dicembre 2003, causa C -322/01, *Deutscher Apothekerverband*, in *Racc.* p. I – 14887 (sul divieto tedesco di vendere medicinali via internet), causa C- 434/04, *Ahokainen e Leppik*, (in *Racc.* p. I – 9171, § 33) e causa C – 40/04, *Yonemoto* (in *Racc.* p. I – 9665, § 42).

⁵⁷ Per un succoso commento della quale si vedano S. WEA-THERILL, *Measures of consumer protection as impediments to export of goods*, in *ERCL*, 2009, pp. 149 – 158 e B. SCHÖNDORF-HAUBOLD, *Paradigmenwechsel in der Dogmatik der Warenverkehrsfreiheit: Anmerkung zu den Schlussanträgen der Generalanwältin Verica Trstenjak in der Rechtssache C-205/07 vom 17.7.2008 - Strafverfahren gegen Lodewijk Gysbrechts und Santurel Inter BVBA*, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2008, pp. 237-243.

⁵⁸ Ov'anche il professionista si fosse impegnato a non fare uso della carta, ai fini del pagamento, prima della scadenza del termine per il recesso dal contratto.

⁵⁹ L'affinità tra il problema dei limiti alla *dématérialisation* e questo *dictum* –originato da una domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dalla Corte d'appello di Gent nell'ambito di procedimento penale che vedeva imputato l'amministratore di un'impresa specializzata nella vendita telematica di integratori alimentari- non è di facciata: li accomuna un dato normativo comunitario comprensivo di eccezioni (l'art. 9 della direttiva 2000/31) e della libertà di adottare norme più severe onde assicurare un grado di protezione maggiore per il consumatore (art. 14 dir. 97/7 CE). Quel che infatti lamentava l'acquirente francese (per altro inadempiente) era proprio la violazione delle disposizioni nazionali belghe sulla tutela dei consumatori.

⁶⁰ Così invece, secondo L. ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali*, in *Manuale di diritto privato europeo*, Mi-

lano, 2007, II, p. 450, con riguardo all'informazione commerciale.

⁶¹ Ovvero «oltre quanto è necessario per la sua realizzazione»: così CGE 16 dicembre 2008, causa C- 205/07, cit. § 76 della motivazione. Si vedano pure le *Conclusioni* dell'Avvocato generale V. TRSTENJAK, § 84.

⁶² Cfr., significativamente, V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, cit. § 85.

⁶³ Così CGE 16 dicembre 2008, causa C- 205/07, cit. § 53 della motivazione.

⁶⁴ Cfr. V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, cit. §§ 85 – 87 e CGE, 16 dicembre 2008, causa C- 205/07, cit. §§§ 60 – 63. Il che rende inspiegabile come si possa dire che questa sentenza «*force a recalibration of the balance struck at National level between the interests of sellers and consumers in favour of the*



di eclatante ma neppure di declassabile al rango di una motivazione esornativa. Come invece lascia intendere chi, tutt'al contrario, vede un paradosso nel riconoscimento del commercio elettronico dematerializzato senza accettare «*toutes les conséquences de cette dématérialisation*»⁶⁵.

Ma c'è di più.

A mo' di chiusa fanno infatti da corona, all'apparato critico finora esposto, almeno tre rilievi di complemento:

-il primo, relativamente al fatto che l'idea di una fungibilità, ov'anche la legge menzioni il *solo* supporto cartaceo, tra la nozione di scritto e quella di supporto (durevole) elettronico⁶⁶, è da ammettere allorché si ragiona di forma informativa. Donde il convincimento che pure un documento informatico non sottoscritto o corredato di una firma elettronica non qualificata basti a che il professionista esegua correttamente l'obbligo di informare per iscritto il consumatore: ma perché, si prenda nota, come la migliore dottrina tedesca ha cura di rilevare⁶⁷, *Schriftform* (forma *ad substantiam*) e *Textform* (forma *ad protectionem*) sono figure rette da principi diversi, governate da una logica antitetica ed insuscettibili di venir assimilate;

-il secondo, sull'attitudine conformativa -del regime rimediabile- da riconoscersi alla previsione di limiti alla dematerializzazione dei contratti formali; nel senso che la restrizione all'uso della forma elettronica è servente all'esigenza di contestualizzare in modo originale il livello di garanzia riservato al consumatore. Che non può, evidentemente, mutarsi dalle regole governanti il fenomeno delle vendite aggressive, essendo queste connotate da una pressione "fisica" di cui non v'è una traccia (evidente) nel settore normato dalla direttiva 2000/31 CE;

-il terzo, infine, identificabile con la circostanza che il vantaggio di articolare, intorno ad un'unica

formers»: così S. WEATHERILL, *Measures of consumer protection as impediments to export of goods*, cit. p. 158.

⁶⁵ Così M. VIVANT, *La protection du cyberconsommateur entre tentations, tensions et hésitations*, cit. p. 1157.

⁶⁶ Sulla questione si vedano, tra gli altri, U. BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, I, Milano, 2006, p. 559 e U. DRAETTA, *La protezione dei consumatori e i servizi finanziari forniti a distanza: la legge italiana di attuazione della direttiva comunitaria*, in *Dir. comm. internaz.*, 2005, p. 465 ss. Sia consentito poi il rinvio a S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, p. 57 ss.

⁶⁷ Il riferimento, per tutti, è a C. HERTEL, *sub* § 126b, in *Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz u. Nebengesetzen*³, 1 (*Allgemeiner Teil*), 3, cit., pp. 757 - 759; K. LARENZ - M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 2004, p. 498 ed a H. PALM, *sub* § 126 b, in *ERMAN, Bürgerliches Gesetzbuch*¹¹, I, Köln, 2004, p. 280. Nella dottrina italiana, per un quadro complessivo della questione, v. S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit. pp. 35 - 50.

nozione di scritto e di firma, l'insieme del formalismo solenne e probatorio, non può avere come risultato di cancellare quanto, in termini di *differentia specifica*, la direttiva -che non è di *armonizzazione esaustiva*- sembra invece voler diversificare. Né ha senso obiettare che, a tutto discapito dell'esigenza di assicurare un'armonizzazione esaustiva, la previsione di eccezioni municipali alla dematerializzazione può sortire l'effetto di innescare una differenza di trattamento tra il commercio elettronico, interno ed estero, di un singolo Stato membro. Perché, come si è fatto giustamente notare, le eccezioni riguardano, «in ugual misura ed in modo analogo»⁶⁸, *tutti* i professionisti, che poi negozino all'interno del proprio Stato o fuori dei confini nazionali. E, va detto, se lo stesso effetto pratico accomuna commercio interno e commercio con cittadini di altri Stati membri, non c'è ragione di accampare (immotivati) ostacoli all'implementarsi degli scambi in rete. D'altronde, non è il fatto in sé dell'esistenza di una regolamentazione al plurale ad inficiare l'efficienza economica dell'e-commerce, bensì, come si è cercato di evidenziare, il sussistere di apparati rimediali disomogenei: quanto, ben s'intende, a ragionevolezza degli standard di protezione di volta in volta apprestati. Con tutto quello che poi ne consegue, sia consentito rimarcare i due opposti, in termini di *naïveté* e *perversité* della tutela consumérista⁶⁹.

4. Seconda questione. Forma informativa e rischio contrattuale: il caso *Messner c. Krüger* (causa C- 489/07).

In un contratto di vendita a distanza, il professionista -si diceva- resosi responsabile di un'omissione parziale dell'obbligo informativo, ha diritto, ove sia intervenuto il recesso del consumatore, di pretendere un'indennità per l'uso interinale della *res tradita* ? Oppure per il fatto che il consumatore non è stato correttamente istruito sul diritto di recesso, non è ipotizzabile un ripristino dello *status quo ante* che tenga conto, riguardo al *quantum* delle obbligazioni restitutorie, del deteriorarsi della merce ordinata in conseguenza di un impiego temporaneo della stessa conforme alla sua destinazione tipica ?⁷⁰

⁶⁸ Cfr. V. TRSTENYAK, *Conclusioni*, cit. § 36.

⁶⁹ Per questa suggestiva formula, riferita al commercio elettronico ma coniata, per la verità, a tutt'altro fine, v. M. VIVANT, *La protection du cyberconsommateur entre tentations, tensions et hésitations*, cit. p. 1165.

⁷⁰ Stando al disposto del § 357, Abs. 3, *BGB*, il consumatore «*hat abweichend von § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Wertersatz für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung zu leisten*». Mentre il §

Sono interrogativi, che la prassi pone, su cui piuttosto raramente si appunta l'attenzione della dottrina⁷¹, complice una qual certa vaghezza del dato normativo (artt. 64, 1 co. e 66, 2 co., c. cons.). Eppure la questione è essenziale, non foss'altro per il fatto che, definendosi per suo tramite il *quantum* di tutela spettante al consumatore, l'interprete può procedere più consapevolmente ad illustrare, in maniera fedele, il regime protettivo che connota la forma informativa dei contratti a distanza. Che – si badi – contrariamente a quanto è abituale trovare scritto, mostrano lo svolgersi di una forma di protezione governata da regole tutte proprie. Vuol forse questo dire che tutti i ragionamenti incentrati sulla *perdita della fattispecie* hanno un senso compiuto solo allorché risultano comunque punteggiati da un apprezzamento *in concreto* delle circostanze contingenti in cui si articola il singolo atto o rapporto di consumo ?

E' molto più che probabile⁷²: ed il fatto che la giurisprudenza della CGE talora riconosca (riguardo all'obbligo di versare gli interessi al tasso di mercato: v. *Schulte*, 25 ottobre 2005, causa C-350/03 e *Crailsheimer Volksbank*, 25 ottobre 2005, causa C-229/04) quel che altrove più plausibilmente nega (*Quelle*, causa C-404/06, rispetto invece ad un'indennità d'uso)⁷³, ne è la rappresentazione più vividamente sintomatica.

312d stabilisce che, in deroga al § 355, n. 2, il termine per il recesso non inizia a decorrere prima dell'adempimento dei doveri di informazione di cui al § 312c, n. 2.

⁷¹ Almeno di quella italiana. Diverso il panorama europeo: v., a tal riguardo, con dovizia di riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, H. – J. MUSIELAK, *Grundkurs BGB*, 10 Aufl., München, 2007, pp. 67 – 69 e pp. 72 – 74 nonché

⁷² Come fa notare un'autorevole dottrina: v. G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 82. Il periodare di questo a. è molto vicino a quanto, significativamente, notano altrove A. LEPAGE, *Les paradoxes du formalisme informatif*, cit. p. 616 s. e

⁷³ Per un primo commento delle quali si vedano J. HOFMANN, *Die EuGH-Entscheidungen "Schulte" und "Crailsheimer Volksbank": Ein Meilenstein für den Verbraucherschutz beim kreditfinanzierten Immobilienerwerb?*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2005 pp.1985-1994; A. STAUDINGER, *Die Zukunft der "Schrottimmobilien" nach den EuGH-Entscheidungen vom 25.10.2005*, in *NjW*, 2005 pp.3521-3525; M. HÄUBLEIN, *Rechtsfolgen unterlassener Belehrung über das Verbraucherwiderrufsrecht nach den Urteilen des EuGH vom 25.10.2005*, in *NjW*, 2006 pp. 1553-1558; R. CONTI, *Vendita c.d. porta a porta. La Corte di Giustizia prosegue il percorso tracciato dal caso Heinger*, in *Corr. giur.*, 2006 pp.490-496 (per la prime due) e, a seguire, G. PIGNARRE – L. F. PIGNARRE, *A propos de la gratuité du remplacement d'un bien non conforme*, in *D.*, 2008, pp. 2631-2635; T. MÖLLERS – A.MÖHRING, *Recht und Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung bei generellem Umsetzungswillen des Gesetzgebers*, in *Juristenzeitung*, 2008, pp. 919-924 (per la terza). Una diffusa e preziosa trattazione del problema si trova, da ultimo, in E. BARGELLI, *Gli effetti del recesso nei principi Ac-*

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

La fattispecie testé sunteggiata non è per nulla assimilabile a quella che ha originato la sentenza *Quelle*: per l'elementare ma decisiva ragione che, mentre là si dibatteva sulla fornitura di un bene (di consumo) non conforme a quanto pattuito, qui la questione riguarda un vizio insorto dopo che sono trascorsi alcuni mesi dalla consegna. Perciò, se è pur vero che, in ambedue i casi, si fa domanda di un'indennità per l'uso *medio tempore* della *res* poi restituita, manco può trascurarsi di rilevare che le circostanze fattuali sono molto differenti. Di talché, per evidenti ragioni di congruenza logica, non è dato pensare che il dispositivo di *Quelle*⁷⁴ possa utilmente invocarsi come fattore regolativo della questione. Ma, allora, come risolvere il problema ?

4.1. I tre paradossi del formalismo informativo nei contratti a distanza.

Come premessa del ragionamento può tornare utile muovere dalla constatazione che il contratto a distanza si caratterizza per il fatto di dare veste ad una operazione di scambio che si perfeziona senza il medio di un qualsiasi contatto personale tra fornitore ed acquirente. Di qui l'esigenza di riconoscere al consumatore, proprio allo scopo di ovviare alla carenza di una «simultanea presenza fisica» tra le parti⁷⁵, un diritto di recesso senza alcuna penalità: un recesso rivolto, negli intendimenti del legislatore comunitario, a collocare l'acquirente a distanza nella condizione di colui che, per il fatto di negoziare *de visu*, prende visione dell'oggetto prima di procedere alla stipula.

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

quis del diritto comunitario dei contratti, in AA. VV., *I "Principi" del diritto comunitario dei contratti*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, p.

⁷⁴ Secondo il quale, com'è noto, osta all'art. 3 della direttiva 99/44 una disciplina nazionale che riconosca al venditore, ove sia stato alienato un bene di consumo non conforme a quanto contrattualmente previsto, il diritto di esigere dal consumatore un'indennità per l'uso della *res* non conforme (fino, s'intende, al momento della sua sostituzione con un nuovo bene). Sulla questione si rinvia alle acute considerazioni di S. ROHLFING, *Nutzungsvergütung bei Ersatzlieferung?*, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2007, pp. 80-86 e di P. ROTT, *The Quelle Case and the Potential of and Limitations to Interpretation in the Light of the Relevant Directive*, in *ERPL*, 2008, pp. 1119-1130.

⁷⁵ L'espressione si legge in V. TRSTENJAK, *Conclusioni* alla causa C- 489/07 (§ 3). Nella stessa ottica si veda pure, per altro, il 14 considerando della direttiva 97/7.



Si può cominciare osservando che un contesto normativo nel quale il diritto di recesso, nonostante la contraria lettera dell'art. 65, 3 co., c. cons.⁷⁶, non si estingue fin quando il consumatore non sia stato correttamente informato, abilita evidentemente costui, essendo tenuto alle *sole spese dirette* di restituzione del bene al mittente, a servirsi *medio tempore* della *res*. Ma viene da chiedersi: non è, nella misura in cui l'utilizzo temporaneo del bene avviene senza alcun costo aggiuntivo, che qui si materializza quell'*effetto perverso* della legge di cui parla la dottrina francese allorché l'inverarsi di un dato normativo importa delle vicende secondarie o collaterali, imprevedute o «*sous – estimés, ... indésirables et non désirées*»⁷⁷ Lo stesso concetto –si badi- si può esprimere evidenziando che, ove il tasso di operatività di una legge speciale sia debordante, il risultato che si ottiene è di penalizzare oltre misura l'esigenza di «*impersonalité*» del diritto patrimoniale comune⁷⁸. Bisogna infatti considerare che l'indennità domandata dal professionista si commisura esclusivamente ai vantaggi che dall'uso giornaliero il consumatore ha tratto. Nelle *Conclusioni* dell'Avvocato Generale Trstenyak si denomina una siffatta indennità come canone di noleggio per l'uso plurimensile del bene: e l'espressione ben rende su quali utilità si appunti la pretesa del professionista. Che, giova evidenziarlo, non differisce poi troppo dall'ammontare degli interessi dovuti dal consumatore, mutuatario di un credito fondiario, che sia poi receduto dal contratto stipulato fuori dei locali commerciali..

Seconda notazione.

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

ogni diretto contatto interpersonale tra professionista e consumatore. Sennonché, se il termine per il recesso non decorre fino a quando il consumatore non sia stato correttamente istruito, nel caso si abbia la propensione a credere che il professionista, inadempiente quanto agli obblighi di informazione documentale, mai abbia titolo a domandare qualsivoglia indennità per l'uso, l'effetto che si ottiene è rimarchevole. Perché, giova evidenziarlo, da un lato si ha come risultato di imputare *per intero* al professionista il rischio economico dell'affare; dall'altro, e *pour cause*, di apprezzare un fatto di per sé neutro –la mancata attribuzione di ogni utilità interinale- in termini di *sanzione tipica* per il professionista che, non dando pieno seguito agli obblighi legali di informazione, negozi comunque a distanza. Ove tipica –si badi- sta per *tipizzante*: nel senso che l'esclusione dell'indennità è catalogabile, ove sia questione di contratto a distanza, alla stregua di una sanzione costitutivamente ancillare allo svolgersi dell'abituale rimedio rappresentato dalla mancata estinzione del recesso⁷⁹.

Sennonché viene da domandarsi: ma quant'è corretto pensare che il consumatore, per quanto lamenti un qualche difetto informativo, abbia titolo per non restituire un arricchimento che ha maturato a seguito di un utilizzo gratuito della merce poi restituita? Si pensi al consumatore che non si limita a provare il bene ma ne fa invece un «uso intenso»⁸⁰ oppure che ordina la merce per una particolare occasione, la utilizza debitamente a tal fine e poi provvede a rispedirla al mittente adducendo come motivazione il recesso dal contratto⁸¹. La (felice) notazione della Corte che, in caso di uso *incompatibile con i principi del diritto civile*⁸², fa salva la previsione di un'indennità, essendo stata pronunciata in modo assertivamente generico, si mostra troppo evasiva.

E che dire poi –proseguendo- riguardo al (possibile) titolo vantato dal professionista per esigere una somma compensativa dei *danni* originati dall'uso della *res*: cioè un'indennità non per l'uso ma per

⁷⁶ Stando alla quale se il professionista non ha soddisfatto gli obblighi di informazione legale «il termine di recesso è ... di novanta giorni» decorrente, per i beni, «dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore» e, per i servizi, «dal giorno della conclusione del contratto».

⁷⁷ Così J. GHESTIN, *Les effets pervers de l'ordre public*, in *Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda. Propos impertinents de droit des affaires*, Dalloz, 2001, p. 123 s. e A. LEPAGE, *Les paradoxes du formalisme informative*, cit. p. 602. Indispensabili, per la ricostruzione di un dibattito alquanto vivace, pure le raffinate notazioni di e di P. MALAURIE, *L'effet prophylactique du droit civil*, in *Études de droit de la consommation*, cit. p. 670 s.

⁷⁸ La felice espressione si legge in C. NOBLOT, *Le contractant professionnel à l'épreuve du réalisme judiciaire*, in *Petites Affiches*, 9 nov. 2001, p. 3 s.

⁷⁹ V., per una più diffusa disamina del problema, qui circoscritto, *ratione materiae*, ai dati essenziali, v. S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit. pp. 52 – 60.

⁸⁰ Per questa espressione si veda V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, cit. § 31.

⁸¹ La dottrina tedesca più avvertita offre una puntuale ricostruzione di quest'ultima fattispecie: si fa il caso dell'ordine di un capo d'abbigliamento per un dato evento, di stoviglie per un ricevimento o di un televisore per un evento calcistico. Si v., in special modo, B. SCHINKELS, *Fernabsatzverträge*, in Gebauer – Wiedemann (a cura di), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2005, p. 209 ss., RdNr 63 e T. BRÖNNEKE, *Abwicklungsprobleme beim Widerruf von Fernabsatzgeschäften*, in *Multimedia und Recht*, 2004, p. 127 ss.

⁸² V. CGE, 3 settembre 2009, cit. § 29.



l'usura? È vero che la *littera legis*, comunitaria (art. 6, 2 co., dir. 97/7/CE) e nazionale (art. 64, 1 co., c. cons.) fa esplicito divieto di ogni penalità: ma per tali, sembra ragionevole pensare, devono intendersi quelle indennità che fossero connesse all'esame diretto della merce o ad un suo breve impiego a titolo di prova. Non altre. Di talché l'impressione che un'interpretazione di tal fatta avvantaggi troppo il consumatore e comprometta il costituirsi di un equilibrio rimediabile soddisfacente permane. Nonostante –si badi- il richiamarsi ad una indennità *ammissibile* ove il suo importo non si mostri «sproporzionato rispetto al prezzo di acquisto del bene»⁸³. Un ragionamento così strutturato approda infatti a ben poco nel momento in cui lo si fa subito seguire dall'osservazione, nient'affatto di complemento, che l'onere della prova di uso indebito –durante il periodo di recesso- è a carico del professionista⁸⁴. Onere, non v'è chi non lo veda, difficile da soddisfare (salvo che il pensiero sottinteso della Corte non sia quello di un discutibile ricorso al meccanismo delle presunzioni).

Il fatto è che, si prenda nota, il problema non consiste tanto nel rilevare l'attitudine fisiologica di ogni regime protettivo di riconvertire sempre il contraente *faible* in quello *puissant*⁸⁵. Rilievo che può esser vero, ma con la controindicazione evidente di omettere il dato tipico dell'intera questione: che risiede sempre e soltanto nell'individuazione di quella *misura di ragionevolezza* cui devono attenersi i singoli *standards* di tutela del consumatore. Altrove, per scongiurare il pericolo di un regime di superprotezione del consumatore, onde evitare il proliferare di condotte palesemente di malafede e smiuenti il «*sentiment de responsabilité individuelle*»⁸⁶, si escogitano tecniche correttive più o meno raffinate: *pas de nullité sans grief*, si dice (specialmente allorché la sanzione invalidante comminata non si commisura per nulla al veniale vizio di forma eccepito);⁸⁷ *pondération des situations in concreto* (se c'è così modo di ovviare al paradosso di un for-

malismo informativo fatto valere come strumento *anticontractuel*)⁸⁸; *forme de protection en juste mesure* (che significa imputazione di responsabilità al professionista solo quando se ne accerti previamente la malafede o la negligenza)⁸⁹; *caractère facultatif*, per finire, «*de la sanction des règles de forme*»⁹⁰: che vuol dire discrezionalità giudiziale nell'azionabilità dei rimedi conseguenti al mancato rispetto del formalismo informativo, onde evitare una compromissione patente delle regole che governano la circolazione giuridica dei beni.

Nel caso qui descritto si possono, invece, utilmente invocare la disciplina dell'ingiustificato arricchimento (rilevante alla stregua di un'indennità per l'uso) e del risarcimento dei danni (quanto all'indennità per l'usura), perché l'una e l'altra normativa si mostrano compiutamente idonee ad orientare il declinarsi del formalismo informativo in un'accezione che trascende la rozza opposizione astratta professionista/consumatore. Non sempre infatti il consumatore, che lamenti *in executivis* una pregressa irregolarità formale, è la «*victime toute désignée des menigances*» del professionista⁹¹: se è vero ch'egli si può pure presentare, come nell'ipotesi qui illustrata, nella veste di un'acquirente che recede dopo undici mesi, dalla stipula del contratto, di operoso uso della *res tradita*. E dire, come suggerisce la Corte, che l'indennità è sì ammissibile quando l'uso contravviene ai principi della buona fede o dell'arricchimento senza causa, purché però non venga pregiudicata «l'effettività del diritto di recesso», assomiglia molto a formulare un enunciato ed il suo contrario.

4.2. La forma informativa tra ingiustificato arricchimento e *bona fides* interpretativa (art. 1366 c.c.).

Terza notazione.

È facile comprendere, naturalmente, in quale modo si possa motivare, con plausibile persuasività, una lettura denegativa dell'indennità d'uso. La trama argomentativa che scandisce il periodare delle *Conclusioni* depositate dall'Avvocato Generale rap-

⁸³ Così CGE, 3 settembre 2009, cit. § 27.

⁸⁴ *Rectius* che pregiudicherebbe l'efficacia del diritto di recesso una disciplina nazionale «che ponesse a carico del consumatore l'onere della prova di non avere usato [il bene] ... oltre quanto necessario» all'utile esercizio del recesso (così CGE, 3 settembre 2009, § 27).

⁸⁵ Così A. LEPAGE, *Les paradoxes du formalisme informatif*, cit. p. 617 e, prima ancora, C. MANARA, *L'abus par le consommateur de son droit*, in *Petites Affiches*, 19 mai 1998, p. 4.

⁸⁶ Cfr. A. LEPAGE, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁷ V., in special modo, S. PIEDELÈVRE, *Droit de la consommation*, cit. p. 61; Y. ROUQUET, *Sanction du non respect des formalités du cautionnement*, in *D.*, 2006, p. 808 e, da ultimo, X. LAGARDE, *Office du juge*, in *JCP. La semaine juridique*, 2009, p. 32. E sia consentito pure il rinvio, per una più diffusa trattazione del problema, a S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, in corso di stampa.

⁸⁸ Così G. ROUHETTE, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, in *Études offertes à René Rodière*, Paris, 1981, p. 247 ss.

⁸⁹ È l'emblematico argomentare di J. MESTRE, *Obs.*, in *RTD civ.*, 1998, p. 365.

⁹⁰ Così A. LEPAGE, *Les paradoxes du formalisme informatif*, cit. p. 619 e C. OUERDANE – AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, 2002, n. 215 s.

⁹¹ L'espressione si legge in D. MAZEAUD, *L'endettement des acquéreurs*, in *RD imm.*, 1995, p. 641 s.



presenta, in tal senso, l'esemplificazione più rigorosa che si possa dare di un siffatto intendimento.

Indubbiamente è corretto muovere dalla constatazione che un palesarsi del recesso come rimedio efficace ed effettivo postula il previo scrutinio degli effetti «economici [che sono] connessi al suo esercizio»⁹². In quest'ottica, ragionando in termini di interpretazione teleologica, ha un senso affermare che il fatto di imputare, al consumatore non compiutamente informato, degli oneri aggiuntivi, avrebbe l'effetto di compromettere il suo diritto di recesso. Invero, se il beneficio di una tutela maggiore dipende da un fatto originato dalla negligenza del professionista, non è pensabile poi che il consumatore, per giovarsene, debba contestualmente versare un corrispettivo. In questi termini non c'è alcun dubbio alcuno che la previsione (o la pattuizione) di un'indennità d'uso rileverebbe alla stregua di un prezzo per il recesso. Con tutto quello che ne consegue nella prospettiva di una rappresentazione del medesimo come rimedio –o diritto- a carattere puramente formale. Ma c'è il fatto che chi mostra di ragionare in questi termini trascura di considerare due obiezioni, entrambe di non poco conto.

La prima. Vero che l'articolato normativo comunitario –art. 6, 2 co. dir. 97/7/CE- contempla una nozione di spese, comprensiva di quelle dirette ed indirette; e vero pure che, per controbattere all'abuso di un consumatore, non è che si possa procedere ad una torsione della *littera legis* strumentale alla definizione (interpretativa) di una normativa più gravosa «per tutti i consumatori»⁹³. Senonché, muovendo dalla corretta premessa che la legislazione consumerista rileva alla stregua di un diritto secondo⁹⁴, non si vede cosa osti, come pur incidentalmente si riconosce e la Corte poi corrobora⁹⁵, a che il professionista possa agire «caso per caso» sulla scorta dei principi di diritto privato generale. Che nella fattispecie descritta –lo si ripete- sono quelli dell'arricchimento senza giusta causa (art. 2041 c.c.) e del risarcimento danni. Opporre, ad uno svolgimento del diritto comune patrimoniale in funzione integrativa/completiva, che non può dimidiarsi *ope interpretationis* un regime di tutela modellato

esclusivamente sulla qualità subiettiva delle parti⁹⁶, serve a ben poco: se è vero che lo scopo protettivo non risulta neanche intaccato allorché il consumatore lamenta un pregiudizio informativo soltanto nominale. Che poi, si prenda nota, è il particolare, pur nell'ottica di un uso *non incompatibile con i principi del diritto civile*, sfuggito alla stessa Corte⁹⁷. Non si può infatti dire che lo speciale sistema di garanzia consumerista, ad abbinare forma di protezione e buona fede oggettiva, ne esca disarticolato. Invero, se la ragione che ha indotto il legislatore a procedimentalizzare la vendita a distanza, sta tutta nell'assicurare, per il tramite di un formalismo informativo rigoroso, la *lucidité* della volontà di obbligarsi⁹⁸, non si vede per quale ragione dovrebbe eccipirsi una carenza informativa quando lo scopo del formalismo non viene in gioco stante il mancato violarsi della sua *ratio*. Semmai, giova evidenziarlo, c'è il rischio, ad escludere che il professionista possa reclamare una qualsiasi indennità, che si instauri un immotivato squilibrio ai suoi danni: il che, oltre a produrre l'effetto perverso di disincentivare i fornitori dall'operare nel settore della contrattazione a distanza, cozza con l'esigenza, già richiamata, di un'intrinseca ragionevolezza *seu* proporzionalità dell'apparato remediale consumerista⁹⁹. Che, si badi, un'indennità proporzionale al prezzo iniziale (del bene) ed alla durata (del suo utilizzo) pare invece garantire al meglio.

4.3. La *bona fides* correttiva come *volet* di orientamento applicativo del formalismo informativo.

Seconda obiezione, non meno tranchant.

C'è modo di rappresentare dogmaticamente quanto si è fin qui preferito esprimere ricorrendo ora al canone della ragionevolezza ora alla tecnica dello scopo di protezione della norma ordinativa (*seu* configurativa) violata ?

Orbene, muovendo dall'assunto che un modo vi sia, è plausibile supporre che l'interprete lo possa utilmente rintracciare nella regola di buona fede og-

⁹² Così V. TRSTENYAK, *Conclusioni*, cit. §§ 86 ss. e CGE, 3 settembre 2009 (§§ 19 e 20). In dottrina si vedano pure le eleganti considerazioni di P. MANKOWSKI, *Beseitigungsrechte*, Tübingen, 2003, p. 893.

⁹³ Cfr. V. TRSTENYAK, *Conclusioni*, cit. § 94 (pure per la citazione successiva, §§ 90 - 93).

⁹⁴ V., in tal senso, per tutti C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 397 ss. In una diversa prospettiva, com'è noto, M. LIBERTINI, *Alla ricerca del «diritto privato generale» (Apunti per una discussione)*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 541 ss.

⁹⁵ V. V. TRSTENYAK, *Conclusioni*, cit. § 93.

⁹⁶ Del rilievo, talmente diffuso da rendere superflua ogni citazione, dà conto criticamente A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, cit. p. 575.

⁹⁷ Che mostra di preferire l'argomento di un recesso esercitato «in piena libertà e senza alcuna pressione» (§ 23 della motivazione).

⁹⁸ Si veda, in tal senso, e S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione*, cit. pp. 4 - 8 (del manoscritto)

⁹⁹ Già corazzato da un regime probatorio di favore (spettando al professionista l'onere di dimostrare le effettive utilità tratte dal consumatore) e dal limite, immanente alla pretesa del fornitore, di un'indennità parametrata ad un *quantum* che tenga conto di due fattori essenziali: l'effettivo valore commerciale della merce venduta e la sua durata (media) di vita economica.



gettiva: ma, si badi, maneggiandola non nella maniera ornamentale che ne ha fatto la Corte, bensì nella versione che ha provveduto a declinare quella raffinata dottrina propensa a vedere nella *bona fides* interpretativa dell'art. 1366 c.c. un criterio «bilaterale e qualitativo... perché implicante un giudizio di relazione», tra due interessi. Degli interessi, si prenda nota, rispetto ai quali la potiorietà non è «sempre e soltanto» da riferire a quello «astrattamente privilegiato da una norma di stretto diritto»¹⁰⁰. E' vero che questa dottrina declina l'art. 1366 c.c. nel senso di assoggettare il contratto, che abbia ottemperato ad un giudizio di validità *stricto iure*, ad un sindacato posteriore di rilevanza *ex fide bona* condotto sulla scorta di un giudizio di meritevolezza civil-costituzionale (artt. 2 Cost. e 1322, 2 co., c.c.). Ma è tutto da verificare che, in fattispecie similari a quella descritta, la *qualitas* degli interessi confliggenti riservi una valutazione di effettiva meritevolezza alla condizione del consumatore¹⁰¹. Che, si prenda nota, se *abusa* del suo diritto –ma non ne risponde manco in termini di indennità- si trova a versare – paradossalmente- in una condizione *migliore* di quella riservata al consumatore che concluda l'acquisto al cospetto del professionista. Come la Corte, di altro avviso sì rispetto alle Conclusioni dell'Avvocato generale ma col vizio di corredare l'eccezione di ammissibilità –della suddetta indennità- di troppi distinguo, avrebbe ben potuto rilevare¹⁰². Si prenda poi nota di un ultimo dato: non ci sono ragioni ostative ad intendere le disposizioni consumeristiche, secondo il lessico stipulativo della dottrina qui richiamata, come norme di *stricto iure*. Da assoggettare perciò ad una «valutazione *ex fide bona* degli interessi in gioco»¹⁰³.

Ebbene, *sic rebus stantibus*, governare il formalismo informativo per il tramite del principio di buona fede oggettiva assicura più di un vantaggio. Come si potrà constatare elencandoli, di seguito, in rapida successione.

¹⁰⁰ Il riferimento, va da sé, è al denso argomentare, espresso in più di un'opera, di L. BIGLIAZZI GERI. La citazione, riportata nel testo, è tratta dallo scritto suo che, *ratione materiae*, è forse il più emblematico: *L'interpretazione*, Milano, 1994, p. 160.

¹⁰¹ Come pare credere V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, cit. § 86.

¹⁰² Ma, significativamente, la Corte non parla mai di *abuso* e contempla la previsione dell'indennità come un'eccezione soggetta alla «condizione che non venga pregiudicato il fine della... direttiva» (§ 29).

¹⁰³ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Art. 1469-bis co. 1, c.c. Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, ora in L. BIGLIAZZI GERI, *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Scritti giuridici*, Milano, 1998, p. 1238 e, prima ancora, p. 1237 per il significativo rilievo che «un'interpretazione secondo buona fede costituisce il risultato di un complesso procedimento, di un *iter* articolato che, passando attraverso fasi dinamiche... e statiche, ... non può ovviamente ignorare ... l'elemento che sta a monte (*il diritto*) e il modo nel quale il diritto è stato esercitato» (corsivo aggiunto).

Sostenere che la singola irregolarità formale non pregiudica, ove risulti ch'essa non osta al «riconoscere» la regola contrattuale¹⁰⁴, significa infatti

-assecondare lo scopo di protezione preventiva del consumatore, certo da preferirsi ad una inefficiente «*protection a posteriori du consentement*»¹⁰⁵, senza però ch'esso trascorra o debordi nel paradosso di garantire chi, non potendo addurre una parzialità informativa che abbia davvero inciso sul suo consenso, non è stato pregiudicato. Diversamente, si faccia attenzione, la cd. forma di protezione si converte in una forma sanzione, per di più a titolo di responsabilità oggettiva, per il professionista¹⁰⁶. In soccorso dell'interprete, chiamato a maneggiare concetti contraddistinti da un alto tasso di vischiosità, possono venire, all'occorrenza, gli elementi, tratti dalla fattispecie concreta, della natura del bene acquistato e della durata del periodo di utile impiego del medesimo¹⁰⁷.

Non solo. Ipotizzare che l'atto di consumo, al pari di qualsiasi altro contratto, debba costituire oggetto di una «valutazione complessiva e finale»¹⁰⁸ significa

-delineare orientativamente la latitudine applicativa del diritto patrimoniale comune. Perché può ben essere ch'esso non intacchi il corpo del diritto secondo, se ciò osta alla tutela del consumatore. Com'è accaduto, volendo fare un esempio, in quel celebre caso francese ove si discuteva sull'irregolarità informativa dell'offerta *préalable* di un credito immobiliare (art. L. 312 – 8 c. *consumm.*): fattispecie sanzionabile con la decadenza dal diritto agli interessi e, ove si fosse fatto ricorso al diritto comune, con la nullità dell'intero contratto¹⁰⁹. Il che, però, avrebbe evidentemente nociuto

¹⁰⁴ Così L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione*, cit. p. 164. Per una densa e documentata rivisitazione del tema si veda poi V. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino, 2008, *passim*.

¹⁰⁵ Per il tramite, s'intende, degli usuali vizi della volontà: che siano l'errore o il dolo omissivo. La citazione, nella dottrina francese, è tratta da J. CALAIS AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, cit. p. 240.

¹⁰⁶ Di un nitido «*enforcement* di tipo sanzionatorio» ragiona S. MAZZAMUTO, *La multiproprietà*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano, 2007, II, p. 99. Diffusamente, per lo chi voglia, sulla questione, S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit. p. 40 s.

¹⁰⁷ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione*, cit. p. 159 e p. 164.

¹⁰⁸ Il vivace dibattito giurisprudenziale è segnato dalle contrapposte Cass. 1^{re} civ., 20 luglio 1994, in *D.*, 1995, *somm.*, p. 314, *obs.* J. P. PIZZIO e Cass. 1^{re} civ., 23 marzo 1999, in *D.*, 2000, *somm.*, p. 50, *obs.* J. P. PIZZIO. In dottrina, *inter alios*, si vedano almeno, tutti con accenti critici verso l'idea del cumulo, D. MAZEAUD, *Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ?*, in *Études de droit de la consommation*, cit. p. 703 e S. PIEDELIÈVRE, *Remarques sur les*



agli interessi del consumatore, se è vero che l'estinzione del contratto –*seu* la sua inefficacia originaria- importa l'obbligo, per il consumatore, di restituire l'intera somma mutuata maggiorata degli interessi. Con un correlato effetto dissuasivo –ad eccepire il vizio- che pure la CGE ha, per la verità, percepito –v. *Schulte* -¹¹⁰ ma senza valorizzarlo, in una prospettiva remediale, adeguatamente.

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

-neutralizzare quelle audaci interpretazioni giurisprudenziali¹¹¹, rigide nel riconoscere alla forma di protezione un'astratta connotazione «*formulaire*»¹¹², che non contribuisce affatto a rinvigorire la tutela del consumatore.

Insomma forma di protezione e *bona fides* non sono dei *faux amis*. Altrove, con uno diverso strumentario concettuale, si ipotizza una riscrittura dei rimedi in vista di un *formalismo attenuato*¹¹³. L'espressione ricorda, è da credere del tutto inconsapevolmente, la distinzione binaria tra un formalismo *assoluto*, spoglio di ogni sostanza, ed un formalismo *relativo*, attento all'individualità delle situazioni contingenti¹¹⁴. Quelle stesse individualità che la Corte, significativamente, sembra adombrare quando rimette al giudice nazionale il potere/dovere di sentenziare sulla fattispecie concreta «tenendo debitamente conto di tutte le sue particolarità»¹¹⁵.

Sono diversi i vocaboli ma, si faccia attenzione, non il modo di vedere e declinare il problema.

sanctions civiles dans les dispositions relatives à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier, in *JCP*, 1995, *doctr.*, p. 889.

¹¹⁰ Si vedano le acute considerazioni di R. ALESSI, *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit. II, p. 391 ss., spec. p. 407. Un quadro del problema è pure in S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit. p. Da notare che l'Avvocato Generale Léger, *Conclusioni*, pur riconoscendo l'obbligo per il mutuatario di versare gli interessi (§§ 71 e 72), escluse poi che la fattispecie si prestasse ad una esigibilità degli interessi di mora fino a quando la banca – mutuante non avesse adempiuto ai propri obblighi (§§ 75 e ss.).

¹¹¹ Per il citare il qualificativo che più ricorre nella dottrina d'Oltralpe. Le altre espressioni che si incontrano sono *portée démesurée* del formalismo e conseguenze *nefastes à la sécurité juridique*: il catalogo si può leggere in A. LEPAGE, *Les paradoxes du formalisme informatif*, cit. p. 613 s.

¹¹² Così X. LAGARDE, *Observations critiques sur la renaissance du formalisme*, in *JCP*, 1999, I, p. 170 ss., n. 15.

¹¹³ E' l'avviso di J. FLOUR – J. L. AUBERT – E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique*, 10 ed., Paris, 2002, n. 303.

¹¹⁴ Ove le «parole diventano davvero l'espressione logica di ragionevoli cose»: così D. BARBERO, *A proposito della forma negli atti giuridici (l'efficacia del testamento olografo nonostante l'incompletezza della data)*, in *Jus*, 1940, p. 451.

¹¹⁵ Così CGE, 3 settembre 2009, cit. (§ 28).

5. Forma informativa ed insurrogabilità comunicativa, nei contratti a distanza, della posta elettronica: il caso *BVV c. DIV AG* (causa C-298/07).

Terza (ed ultima) questione: che, più che altro, è un piccolo *divertissement*.

Il problema, come già anticipato nella premessa, consiste nell'accertare se, ai sensi dell'art. 5, n. 1, lett. c dir. 2000/31/CE –di cui l'art. d. lgs. 70/2003 rappresenta un mero calco- ottemperi all'obbligo di un contatto rapido nonché di una comunicazione diretta ed efficace, l'impresa assicurativa, operante esclusivamente tramite internet, che sia solita indicare nel proprio sito *web*, il solo indirizzo di posta elettronica, riservando il numero di telefono ai soli clienti che abbiano stipulato il contratto. Questione non poi così marginale, se è vero che il *Bundesgerichtshof*, sulla scorta di un dato normativo piuttosto univoco¹¹⁶, ha avuto modo di lamentare una violazione dei diritti dei consumatori, in ragione del fatto che soltanto una comunicazione effettuata telefonicamente assicura un «dialogo effettivo»¹¹⁷. Come dire, volendo trarre da questa premessa i suoi conseguenti corollari,

a) che due, per *Bundesgerichtshof*, dovrebbero necessariamente essere le modalità di adempimento dell'obbligo informativo onde ovviare ai rischi tipici di una fisiologica asimmetria informativa; e

b) che risulterebbe inficiato da un'irregolarità informativa precontrattuale l'atto di consumo stipulato a seguito di un semplice scambio di dati condotto per il tramite di una maschera di interrogazione via posta elettronica.

La Corte di giustizia non si è mostrata però di questo avviso. La sentenza *BVV c. DIV AG*. –causa C. 298/07-, spogliata di molti dei suoi inutili verbalismi, suggella infatti la prassi denunciata: e, se è vero ch'essa, rispetto all'argomentare dell'Avvocato Generale¹¹⁸, introduce dei distinguo, ha comunque senz'altro modo di privilegiare le ragioni –di utilità economica- tese a favorire, nella prospettiva generale del funzionamento del mercato interno, lo sviluppo del commercio elettronico. Donde l'infungibilità della posta elettronica come tecnica consustanziale agli *Informationspflichten* del commercio in rete nonostante –si badi- i mezzi di comunicazione verbale (*non written means*) de-

¹¹⁶ V. *supra* § 2, *in fine*. Una indicazione degli estremi, «compreso l'indirizzo di posta elettronica», è la formula che campeggia nell'art. 7, 1 co., lett. c del d. lgs. 70/2003.

¹¹⁷ Così CGE, 16 ottobre 2008, causa C-298/07, § 10 (della motivazione). Negli stessi termini la ricorrente (la *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, cioè la federazione tedesca delle associazioni dei consumatori).

¹¹⁸ V.D. RUIZ-JARABO COLOMER, *Conclusioni*, cit. (spec. §§ 45 - 46).



notino una più spiccata vocazione protettiva (del consumatore).

5.1. L'ottica economicista della CGE.

A voler sunteggiare il periodare della Corte si potrebbe dire che la predilezione per argomenti di tipo giuseconomico e pragmatico ha un valore assorbitivo. L'infungibilità della posta elettronica è documentata infatti

-dalla circostanza che la costituzione di un *call-center* importerebbe un ingente costo economico per le imprese, costringendole a mutare il loro modello organizzativo aziendale; e

-dal fatto, correlato alla pregressa circostanza, che tutto il segmento del commercio elettronico risentirebbe della grave disfunzione originata da una generale politica di rialzo (consistente) dei prezzi e/o dall'esclusione, dal mercato, delle società medio-piccole. Considerazioni cui seguono, subito a ruota, i riferimenti

-all'ovvia constatazione che, in un regime di libero mercato, il consumatore che negozia con un'impresa operante soltanto per via telematica, accetta tacitamente che il formarsi del contratto avvenga soltanto *online* e

-alla speculare notazione che, se si mostra preferenza per i mezzi di comunicazione tradizionale, allora è d'uopo che l'autodeterminazione selettiva del consumatore si orienti verso società il cui modello commerciale è incentrato su di una «relazione più personale»¹¹⁹ col potenziale cliente. Per di più –ed è un rilievo che corrobora l'intero ragionamento- se la maschera di interrogazione per via telematica assicura un tempestivo adempimento dell'obbligo informativo –stimato nell'ordine, rispetto ai quesiti formulati, di 30 – 60 minuti- non c'è motivo di accampare un *default* cognitivo. Per dei consumatori che hanno «un accesso facile alla rete elettronica e sono familiarizzati con tale tipo di comunicazione»¹²⁰, questa prassi appresta d'altro canto un *surplus* di tutela: la forma scritta infatti, oltre al pregio di un'evidenza documentale contenutistica, meglio asseconda –è scontato- uno svolgersi consapevole e ponderata della singola volizione negoziale.

Tutto vero, ma col forte sospetto che alla Corte sfugga *come e quanto* si riverberi, in termini di imputazione del rischio contrattuale, questo modo specializzante, tutto ispirato a criteri di economicità, di atteggiarsi del formalismo informativo.

Come si provvederà subito ad evidenziare.

¹¹⁹ V., in tal senso, D. RUIZ-JARABO COLOMER, *Conclusioni*, cit. § 46.

¹²⁰ Cfr. CGE, 16 ottobre 2008, causa C-298/07, § 24 (della motivazione).

5.2. Formalismo informativo precontrattuale, regime del rischio e costo dell'informazione.

Ovviamente si potrebbe obiettare, com'è d'altronde costume leggere¹²¹, che la Corte stempera la valenza astrattamente assertiva delle proprie osservazioni con un distinguo: nel quale si perita di mettere in rilievo che, in talune fattispecie, il prestatore di servizi è tenuto a garantire l'accesso a modalità comunicative non elettroniche. Se non fosse che il distinguo formulato non riesce ad intorbidire né a snaturare il ragionamento d'insieme.

Allorché infatti si esclude l'insurrogabilità della posta elettronica, a motivo di un'impossibilità temporanea del potenziale cliente di servirsi, dopo il primo contatto, di una rete telematica, lo si fa ponendo l'accento su due dati consecutivamente apparentabili. In special modo

-sul rilievo che le fattispecie ove l'infungibilità non opera sono da considerarsi come *rariores*, se non financo «eccezionali» (l'allusione esemplificativa è a situazioni contingenti di viaggio, di congedo o di missione lavorativa)¹²²; e, particolare decisivo,

-sul presupposto che la vicenda impeditiva, essendo ostativa alla stipula, avrebbe l'effetto di espungere, dal singolo mercato di riferimento, un numero non indifferente di consumatori. E siccome questa disfunzione (selettiva) *in peius* si verrebbe a ripercuotere sull'efficienza del commercio in rete, occorre supplire all'inverarsi della (prevista) disutilità col rimedio di tipi comunicativi complementari.

Quindi, non v'è chi non lo veda, una motivazione tutta incentrata sulla logica del mercato, sia di settore che generale. Se si vuole un tipico esempio di argomentazione orientata alle conseguenze (*Folgenorientierte Argumentation*)¹²³: ove la conseguenza economica da evitare, se l'infungibilità della posta elettronica non conoscesse eccezioni, è proprio quella opposta dall'impresa resistente («indebolire e distaccare il settore di cui trattasi dal resto del mercato e [porre così un freno] al funzionamento del mercato interno»)¹²⁴.

¹²¹ Seppure non nella dottrina italiana. In quella francese sono interessanti le considerazioni di C. MANARA, *Veillez patienter, votre commerçant est déjà en ligne...*, in D., 2008, p. 2716 s.

¹²² Cfr. CGE, 16 ottobre 2008, causa C-298/07, cit. § 24 (della motivazione).

¹²³ V., per tutti, L. MENGONI, *L'argomentazione orientata delle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 91 ss.

¹²⁴ Oltre al fatto, com'anche si chiosa, «di privare la direttiva di parte del suo effetto utile»: cfr. CGE, 16 ottobre 2008, causa C-298/07, cit. § 21. Il referente culturale di siffatta impostazione è da rinvenire nel raffinato convincimento che la «rete telematica [rappresenti] il simbolo estremo dell'alleanza techno-

Quid iuris allora ? Perché, si prenda nota, non c'è dubbio che la sentenza si presta a più di un'osservazione critica.

La prima, che poi è pure la più evidente.

E' vero che il *comunicare direttamente ed efficacemente*, secondo la lettera dell'art. 5, non è di esclusiva pertinenza del contatto telefonico. Il dettato comunitario, per il tramite di questa formula intende infatti soltanto alludere alla circostanza che il contatto tra cliente e dipendente dell'impresa avvenga senza intermediari. Che poi sia *scritto o verbale*. Sennonché, se l'infungibilità della posta elettronica conosce il limite delle *sole* fattispecie eccezionali, questo allora sta a significare che il *cyberconsumatore*, per la sua abituale familiarità col mezzo telematico, risponde del rischio di errori che possono indurlo alla stipula di un contratto svantaggioso. Gli è infatti, a svolgere in modo congruente il ragionamento della Corte, che se il difetto informativo opposto dal consumatore origina non da un'impossibilità temporanea (di accesso alla rete) ma da una sua imperizia tecnica, vale in pieno la regola dell'*imputet sibi*. Con tutto quello che ne discende, è evidente, in termini di un *congruo* riparto del rischio contrattuale e di un'*equilibrata* traslazione dei costi dell'intera operazione economica.

Seconda notazione, che è da mettere in relazione con quanto altrove l'articolato del diritto comunitario talora prescrive.

Ove si materializzi, come si è detto, una situazione -contingente- di impossibilità di accesso alla rete elettronica, il professionista -*su richiesta*, si badi, del consumatore- è obbligato a fornire informazioni mediante modalità comunicative tradizionali: in vista, sono parole della Corte, di «mantenere una comunicazione efficace»¹²⁵. Il problema sta tutto nel comprendere, però, su chi gravi il costo di questo obbligo supplementare. Perché, si prenda nota, se è vero che la direttiva sui servizi di pagamento () esclude che il costo della trasparenza informativa sia sopportato dal consumatore (art. 32, § 1), non lo fa rispetto all'utente di servizi di pagamento che sia un'impresa. E -va aggiunto- in ogni caso vi si trova scritto, pure con riguardo al consumatore, che le spese possono venire *concordate* ove si tratti

a) di informazioni supplementari o più frequenti ovvero

b) di informazioni trasmesse con strumenti diversi da quelli specificati nel contratto quadro.

E ci vuol poco ad avvedersi che esiste una profonda affinità tra le informazioni da affidare ad una

economica: spazio artificiale senza confini, non luogo, dove la volontà di profitto, *sradicata e de-territorializzata*, si esprime oltre gli Stati e oltre il diritto degli Stati»: così N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, 27.

¹²⁵ Cfr. CGE, 16 ottobre 2008, causa C-298/07, cit. § 39.

via di comunicazione non elettronica e quelle menzionate nella lettera b): che, significativamente, sono fornite «su richiesta» dell'utente (art. 32, § 2).

La chiosa formulabile, allora, è agevole: ma non è che il *dictum* della Corte di giustizia trascura che un formalismo informativo davvero di protezione non può ritorcersi contro gli interessi pecuniari dei consumatori ?

5.3. Posta elettronica ed accessibilità dell'informazione.

La terza, che vale però a mo' di chiusa di tutto il discorso.

La Corte, facendo mostra di voler considerare che ogni formalismo informativo ha un costo, rileva come il pensare che un'impresa sia tenuta ad indicare il proprio numero di telefono sul suo sito internet, avrebbe l'effetto di disincentivare il commercio in rete. Stante infatti la circostanza che il numero di telefono risulterebbe di massima a pagamento, si «scoraggerebbe il consumatore dal prendere contatto con il prestatore di servizi»¹²⁶. Il che può essere vero: ma è un'osservazione che ha il difetto di provare troppo in quanto accantona in modo decisamente sbrigativo l'opposto rilievo sul prestarsi della posta elettronica a costituire una «*échappatoire facile*»¹²⁷. Se si muove infatti dalla circostanza ch'essa sia insurrogabile, come *vincolante* si mostrerà la sola informazione precontrattuale veicolata per suo tramite¹²⁸. Il che mal si rivela pertinente ed assai poco si rapporta col principio di adeguatezza e ragionevole accessibilità -artt. 52, 53 e 59 c. cons.- delle tecniche espressive usate¹²⁹. E' evidente infatti che, ad un maggior numero di canali comunicativi disponibili, corrisponde una minor percentuale di incorrere in errori di valutazione sulla portata del futuro impegno negoziale¹³⁰. E tutto questo a voler tacere del pregiudizio comunque arrecato ai consu-

¹²⁶ Cfr. CGE, 16 ottobre 2008, causa C-298/07, cit. § 11 (della motivazione).

¹²⁷ Così, seppure ad altro fine, A. LEPAGE, *Les paradoxes du formalisme informatif*, cit. p. 620.

¹²⁸ Sorprende, allora, che si parli di un'idea «generica di tutela dei consumatori» e, in ragione del fatto che non «esiste ancora un vincolo contrattuale», manca la possibilità di cagionare «un danno grave agli interessi del consumatore»: così D. RUIZ-JARABO COLOMER *Conclusioni*, cit. § 45. Si dimentica, a ragionare secondo questa logica, che il rischio per il consumatore di scelte inavvedute si materializza proprio nella fase, come altrove la si denomina, di *Vertragsanbahnung* (alla lettera di *avvicinamento al contratto*).

¹²⁹ E' un argomento che ricorre pure nel motivare dell' dall'Oberster Gerichtshof, 29 aprile 2003, cit. *in fine*.

¹³⁰ Si veda C. MANARA, *Veillez patienter, votre commerçant est déjà en ligne...*, cit. p. 2717.



matori «*plus défavorisés*»¹³¹: perché non adusi all'impiego di tecnologie informatiche.

6. Epilogo

Non *uno* quindi, come si è potuto constatare, ma *tanti* formalismi informativi. Di riflesso *tanti* luoghi ove la disciplina giuridica, lungi dal farsi uniforme, prende diversi contenuti regolativi. Sono dei formalismi procedurali ove, per poco che si rifletta, una molteplicità di contenuti informativi standard sono elevati a criterio di *misura* del singolo rapporto contrattuale. Nella convinzione che in questa *commisurazione*, evocante uno schema tipizzato di corretto *agere* negoziale, risieda la funzione *proconcorrenziale* di ciascun formalismo protettivo. Siccome un abuso (standardizzato) della libertà contrattuale è prodromico alla distorsione del regime di concorrenza tra le diverse imprese agenti sul mercato rilevante¹³², quanto questi formalismi si peritano di fare –questo il luogo comune dell'argomentazione giurisprudenziale oltre che un'acquisizione dottrinale finora incontrastata- è di compensare la «parità violata»¹³³. Quindi dei formalismi messi a razionale servizio di uno scopo di interesse generale. Ma, si badi, con un vizio latente che immancabilmente li affligge: quello, documentato in queste pagine, di un uso incontrollato –leggi un'interpretazione amplificante o immotivatamente letterale- che li fa scadere nel paradosso (alternativo) di un eccesso o di un *deficit* di protezione. Di qui allora il richiamo ad un principio di proporzionalità qualitativa nel bilanciamento dei vari rimedi¹³⁴, sì da iscrivere in una dimensione di *ragionevolezza* lo standard di tutela del consumatore. Per evitare, come ammoniva tempo addietro chi di forma e formalismi era un fine conoscitore¹³⁵, che il contrasto di idee si radicalizzi fra «logicisti senza sostanza e sostanzialisti con poca logica».

¹³¹ L'espressione è di J. CALAIS – AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, cit. p. 244.

¹³² V., in tal senso G. IUDICA, *L'economia di mercato tra Costituzione italiana e Costituzione europea*, in *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, a cura di G. Iudica e G. Alpa, Napoli, 2006, p. 166 s. e, a seguire, C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 843 e p. 866.

¹³³ Il dato è ben messo in evidenza da A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri e A. Zoppini, Bari, 2008, p. 24.

¹³⁴ V., in tal senso, per tutti, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 455 s.

¹³⁵ Ovvero D. BARBERO, *A proposito della forma negli atti giuridici*, cit. p. 451.

