

SAGGI DI DIRITTO DEI CONSUMI

a cura di
ANTONIO CATRICALÀ e MARIA PIA PIGNALOSA



G. Giappichelli Editore

AURELIO GENTILI*
INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Un libro come esplorazione, e i suoi nuclei tematici. – 2. La nozione di consumatore. – 3. Il contesto degli scambi *on line*. – 4. Le molte faccettature dell'accordo. – 5. Le pratiche sleali. – 6. I profili rimediali. – 7. Verso il sistema attraverso l'esplorazione dei problemi particolari.

1. *Un libro come esplorazione, e i suoi nuclei tematici*

Nessuno ha mai fatto la mappa di un territorio sconosciuto. Occorre prima esplorarlo. Così accade qui. I saggi che compongono il libro che qui si introduce sono infatti esplorazioni di nuovi territori della regione del diritto dei consumi. Come arditi esploratori gli Autori si inoltrano per terre ancora poco note per redigere un rapporto che informi il lettore su ciò che vi si trova.

Sarebbe dunque fuori luogo attendersi un unitario filo conduttore dei saggi qui raccolti. Ciò che li lega è la comune investigazione di settori del diritto dei consumatori di cui non sappiamo ancora abbastanza, senza pretesa di sistema. E in questo scopo gli scritti che compongono il libro paiono perfettamente riusciti, sì che il lettore giunto in fondo si troverà ad essersi fatto un'idea piuttosto esatta di quanto c'è oggi di meno conosciuto nel campo della fenomenologia consumeristica.

A fronte dell'alluvionale letteratura degli ultimi quarant'anni intesa a far luce sul diritto dei consumatori può sembrare poco convincente che vi siano in esso angoli ancora poco illuminati. Eppure è così. Il dilagare del commercio elettronico, la diffusione delle nuove tecnologie, il ricorso a nuovi modelli di contrattazione telefonica o informatica, l'introduzione di novità legislative, hanno dato luogo a spazi sui quali la luce va ancora proiettata. Se

* *Emerito di Diritto civile dell'Università degli Studi Roma Tre.*

dopo la lettura ci appariranno più chiari è per merito del libro, e dei suoi Curatori.

Altri libri si segnalano per la loro compattezza. Questo per la sua varietà. Ad introdurlo quindi non vale mettere in evidenza una traccia che si svolga dal primo all'ultimo saggio, anche se non sempre con evidenza. Piuttosto, va notato che, nella varietà, alcuni nuclei tematici ricorrono con frequenza nei saggi, anche se affrontati da diversi punti di vista. È utile perciò segnalare a chi legge appunto quei nuclei tematici, che da varie prospettive gli Autori illustrano, intrecciando i loro percorsi nei nuovi spazi esplorati. A questo compito saranno dedicate queste righe introduttive.

2. *La nozione di consumatore*

Non può certo sorprendere che in un volume sul diritto dei consumi i contributi convergano da punti di vista diversi sulla figura del *consumatore*. Che essendo eponima del settore dovrebbe esserne il punto più chiaro. E invece mostra aspetti opachi.

È stato scarsamente notato che aver agglutinato sul profilo soggettivo, 'il consumatore', il compendio normativo che dagli anni ottanta del secolo scorso viene innovando il nostro diritto privato patrimoniale riproduce l'approccio ben più risalente del Codice civile. Il nostro diritto patrimoniale, così come sistematizzato nel Codice, è infatti il diritto del proprietario, del lavoratore, dell'imprenditore. Solo il diritto contrattuale sfugge a questo metodo, incentrato com'è sull'atto e non sul soggetto.

Vi è però una differenza tra l'approccio del Codice e quello del diritto dei consumi: mentre il proprietario, il lavoratore, l'imprenditore sono colti in positivo, per qualcosa che sono o fanno, il consumatore è colto in negativo, per l'estraneità della sua azione di persona fisica a scopi imprenditoriali, commerciali, artigianali o professionali (valga tra tante la definizione dell'art. 3, lett. a), del Codice del consumo).

Si comprende allora che nel saggio di Franco Trubiani dedicato ai soggetti del commercio elettronico in via introduttiva l'Autore senta il bisogno di segnare i limiti soggettivi ed oggettivi della nozione, le sue zone grigie (come nei contratti a scopo in parte privato ed in parte professionale), la sua disarticolazione in ragione dell'emersione di plurime figure particolari di consumatore nei settori bancario, assicurativo, turistico e, appunto, del commercio elettronico, ma anche nella disciplina del sovraindebitamento cui nel libro dedica la propria attenzione Augusto Vigo Majello.

Le complessità della figura non finiscono qui. La prassi recente considerata da Roberta Montinaro in un saggio pure dedicato al commercio elettronico registra casi (tipico quello delle piattaforme web) in cui il rapporto tra offerente, intermediario e acquirente approda non più ad una relazione bipolare professionista-consumatore, ma ad una relazione tripolare, in cui sia l'offerente che l'acquirente sono consumatori; con il rischio che quest'ultimo non avendo di fronte un professionista resti sfornito delle consuete tutele consumeristiche che rimediano alla sua caratteristica debolezza.

Una debolezza, osserva Montinaro, che alla luce degli studi di economia comportamentistica suggerisce di abbandonare il paradigma del consumatore razionale ed informato e di vedere non solo nelle categorie indicate nel Codice del consumo come consumatori particolarmente vulnerabili (art. 20, comma 3°: infermi, minori, anziani) ma anche in generale nel consumatore medio, soprattutto quando operante nel mercato digitale, un soggetto vulnerabile, preda di strategie di *marketing* insidiosamente persuasive.

Si può discutere se nelle nostre leggi il paradigma del consumatore medio sia effettivamente quello di un soggetto razionale ed informato (a chi scrive non sembra), ma è indubbiamente giusto il suggerimento di costruire la tutela tenendo conto che una certa variabile misura di vulnerabilità (e saggiamente il legislatore nella disposizione citata per individuare i soggetti più deboli parla di consumatori "particolarmente" vulnerabili) caratterizza il consumatore in generale, ed il consumatore digitale in modo più spiccato.

Come che sia, certamente vulnerabili sono i consumatori minorenni, specialmente quando operanti nel contesto digitale, a cui è dedicato il saggio di Ilaria Garaci. Non si dirà qui della protezione che essi ricevono riguardo a trasmissioni televisive nocive, o al rischio di sfruttamento ed abuso sessuale *on line*, o al cyberbullismo, che l'Autrice ricostruisce. Per questo si rimanda alla pagina dedicata. Vale invece segnalare la lacuna che Garaci ravvisa nel GDPR, conscio (v. il 38° *considerando*) delle speciali necessità di tutela rafforzata, ma privo di disposizioni specifiche, oltre quella che abbassa l'età per il consenso digitale.

C'è dunque ancora da riflettere su chi sia il consumatore. E i saggi che si introducono sviluppano in varie direzioni questa riflessione dimostrandoci che vale per il consumatore quel che Agostino pensava del tempo: se non ci riflettiamo sappiamo chi è, se ci riflettiamo non lo sappiamo più.

3. Il contesto degli scambi on line

Un ulteriore nucleo tematico sul quale gli scritti raccolti nel libro, o almeno

gran parte di essi, convergono è quello – che qui già si è manifestato – degli *scambi on line*.

I problemi che essi ci propongono hanno avuto come noto le loro prime manifestazioni con i contratti automatici, di cui si occupa diffusamente Maria Barela. Con la diffusione della rete e la moltiplicazione degli scambi digitali quei problemi hanno conosciuto una significativa intensificazione. Oggi il tema è all'ordine del giorno.

In questo quadro si stagliano per la loro particolare problematicità i c.d. *smart contracts*, oggetto del contributo di Andrea Stazi. Di significativo rilievo è infatti il caso dei contratti caratterizzati da autoesecuzione delle clausole attraverso una *blockchain*. Qui le questioni bisognose di luce sono anzitutto quella dell'individuazione della controparte e poi quella del rischio che il Codice informatico erri nel trasformare elettronicamente l'accordo delle parti, con seri profili di difficoltà nell'individuazione delle responsabilità. Di qui la necessità di tutele che l'Autore giustamente ravvisa anche nell'applicabilità della normativa sulle clausole abusive, che qualcuno potrebbe invece voler limitare ai contratti con una formulazione tradizionale e non informatica.

Ma ovviamente i problemi dei contratti *on line* non si fermano qui. Si è detto per altri aspetti del ruolo delle piattaforme in certi contratti. Occorre dire ora, ancora con Trubiani, che per queste si pone anche il problema se esse divengano controparti del rapporto contrattuale, e riproducano una relazione 'professionista-consumatore'. E occorre considerare sempre a loro proposito, con Montinaro, che gran parte dei contratti della c.d. 'economia collaborativa', in cui un consumatore 'attivo' promuove prodotti o servizi presso altri consumatori, porta a relazioni che fanno nascere dubbi di inquadramento, perché sotto il profilo dell'informazione e forza contrattuale non sono né tra pari né tra disuguali nei termini consueti.

Problemi difficili si pongono poi, e se ne occupa ancora Barela, per la tutela dei dati personali. La direttiva europea recente riconosce ora, come ci ricorda Montinaro, la tutela consumeristica indipendentemente dal fatto che il consumatore qui non paghi una controprestazione ma fornisca beni personali. Ma questa estensione, come Barela osserva, è ben lungi dal garantire una piena tutela. Per la raccolta e cessione dei dati che tanto intensamente minacciano la *privacy*, infatti, basta un 'assenso' (e non – ci viene detto – un 'consenso'; ma di ciò oltre) che viene facilmente strappato: è di comune esperienza la formulazione capziosa propria della maggioranza dei siti, da cui si è indotti ad accettare i *cookies* che catturano i nostri dati, mentre il rifiuto alla loro raccolta e sfruttamento è condizionato a procedure complesse, noiose, oscure, defatiganti, che inducono l'internauta a rinunciare a seguirle anche quando vorrebbe difendersi dall'intrusione. Per non parlare dei

molti casi in cui il consenso è addirittura aggirato o mancante e nonostante ciò i dati vengono acquisiti e ceduti a terzi.

A fronte di questa fenomenologia, in cui tutti gli utenti dei servizi *on line* sembrano comportarsi come bambini ingolositi e per questo disattenti e pronti ad accettare, a tutto loro detrimento, le condizioni di un servizio solo apparentemente gratuito, le considerazioni che Garaci svolge sulla protezione dei minori attraverso un approccio olistico e una generale alfabetizzazione informatica sembrano appropriate anche per il consumatore medio. A tal fine la normativa può certamente fare di più. Ma per la sua effettività è necessario che facciano di più anche le autorità ed agenzie pubbliche preposte. L'ideologia del web come spazio di libertà si è rivelata illusoria ed è ormai al tramonto, oggi è il tempo della libertà attraverso le regole. Individuandole, o auspicandole, il libro fornisce un indubbio contributo.

4. *Le molte faccettature dell'accordo*

È qui già emerso che la pietra angolare su cui si basa lo scambio con i consumatori è il loro *accordo*. Su questo terzo nucleo tematico si intrecciano parecchi dei discorsi svolti nel libro.

Sulla sua natura si interroga Maria Barela. Che nel modo in cui si forma prevalentemente l'atto di consumo, e cioè senza una trattativa e senza la possibilità di opporre al professionista una controproposta, vede il diffondersi, in luogo del 'consenso' tipico del modello generale di contratto, di un mero 'assenso', di cui è proprio l'aderire senza consentire. Da ciò il dubbio sulla correttezza della qualificazione come contratti degli atti di consumo, riconducibili piuttosto all'antica figura dei quasi-contratti. A meno che per il contratto (ivi compreso in esso l'atto di consumo) si ritenga caratterizzante più che il consenso il vincolo.

L'ardita proposta può far discutere: tutto dipende da cosa intendiamo per accordo. Ma lo spostamento dell'accento sul vincolo non pare affatto privo di ragioni. Nella prospettiva del diritto dei consumi infatti, ciò cui il legislatore ha attenzione è proprio la formazione del vincolo. Lo dimostrano quelle diffuse discipline che formalizzano e procedimentalizzano la nascita del vincolo: si pensi ai molti casi in cui l'accordo non basta e deve essere replicato e formalizzato per iscritto o su supporto durevole. Lo confermano quelle altrettanto diffuse discipline per cui l'accordo non è vincolante fino a che non sia decorso uno *spatium deliberandi* entro il quale è consentito il libero recesso.

Un caso particolare tra questi, ma oggi molto comune nella prassi, è trattato nel saggio di Maria Pia Pignalosa sull'accordo telefonico. Qui si riscontra appunto quella procedimentalizzazione della formazione del vincolo di cui si diceva, che da un accordo orale, non impegnativo, conduce alla formazione di un contratto formale, in cui la forma scritta è strumento informativo e di protezione di una parte, a pena di nullità. Si dà così vita ad un'ulteriore declinazione, con caratteristiche sue proprie, della nullità di protezione. L'approdo della disciplina è, come rileva l'Autrice, una fattispecie forte a forma alternativa: il documento scritto e sottoscritto dal consumatore, oppure uno scambio di conferme su supporto durevole. Punto di incidenza è ancora una volta la procedimentalizzazione della formazione del vincolo, perché il contratto può dirsi definitivamente concluso solo quando il professionista riceva il documento in cui il consumatore ha confermato la propria accettazione.

La speciale disciplina dell'accordo emerge dai saggi anche in un altro senso. Come noto, e come ci ricorda Pignalosa, il contratto telefonico impone (art. 51, comma 5°, cod. cons.) che siano subito fornite al consumatore una serie di informazioni. Più in generale nei contratti a distanza un'ampia serie di informazioni "formano parte integrante del contratto" (art. 49, comma 5°, cod. cons.). Così pure, come sottolinea Benedetta Sirgiovanni, l'art. 35 del Codice del turismo, prevedendo che le informazioni fornite facciano parte integrante del contratto, reca una ulteriore significativa deroga al principio per cui gli obblighi informativi non incidono sulla validità del contratto. E il successivo art. 36, imponendo anch'esso la conferma del contratto su supporto durevole, esprime un altro caso di forma informativa, di protezione del consumatore.

È evidente la comune finalità di queste disposizioni, intese a far sì che le condizioni contrattuali siano messe in evidenza e portate all'attenzione del consumatore, affinché su esse si formi uno specifico consenso. A questi fini è determinante anche la trasparenza del testo contrattuale. Ed a questa dedica la propria attenzione Sara Landini in un saggio dedicato al caso particolare dei contratti di assicurazione, in cui il forte tecnicismo della materia, ma anche il malvezzo dei professionisti del settore, dà luogo a testi tutt'altro che trasparenti ed anzi di difficile comprensione.

Altra manifestazione della fenomenologia della comprensione degli impegni cui il contratto dà luogo si ha nella regola (art. 65 cod. cons., al quale dedica la propria attenzione Alberto Azara) per cui è necessario ottenere l'espresso consenso del consumatore per tutti i pagamenti supplementari, altrimenti non dovuti. Con la differenza, secondo l'Autore, che qui l'espresso consenso richiesto non si accontenta della semplice chiara e completa descrizione dei pagamenti supplementari, ma presuppone un'apposita manifestazione di

volontà, e dunque (riprendendo la distinzione di Barela) più di un (implicito) assenso. Tanto è vero che il consumatore ha qui una alternativa, potendo rifiutare le opzioni prestabilite (una sorta di recesso dalla clausola).

Emerge qui il tema, appena nominato, del recesso. Del resto, quando si parla dell'accordo del consumatore è tassativo considerare anche il ruolo determinante del recesso. Un tema decisamente trasversale. Se ne occupa ancora Sirgiovanni – sempre a proposito dei contratti del turismo organizzato – ravvisando per certi aspetti una prossimità del meccanismo del recesso al meccanismo della diffida ad adempiere proprio della ordinaria risoluzione del contratto. Ma se ne occupa anche Stazi, per affrontare la difficile applicabilità della normativa sul recesso agli *smart contracts*.

Risalta da tutto ciò la complessità che nella contrattazione dei consumatori ha assunto la disciplina dell'elemento volitivo come condizione per la nascita del vincolo. E se a chi introduce è consentita una notazione, vien da dire che il diritto dei consumi abbia modificato, tra tante, anche un'altra categoria civilistica fondamentale: non si accontenta infatti più – come nel diritto del Codice civile – della mera capacità di intendere e volere, ma chiede per la sussistenza del vincolo l'effettività dell'intendere (vedi le disposizioni qui ricordate sulla rilevanza sostanziale degli obblighi informativi) e l'effettività del volere (vedi le conferme del contratto, i consensi espressi, la possibilità del recesso da consensi affrettati).

5. Le pratiche sleali

Un quarto nucleo tematico vede incrociarsi e sovrapporsi i contributi del libro: la disciplina delle *pratiche sleali*.

Si tratta come noto di uno degli elementi più innovativi del diritto dei consumatori, perché invece di investire l'atto di consumo investe, dal lato del professionista ma con attenzione all'effetto sulla scelta del consumatore, l'attività che porta a compierlo. Ma si tratta anche di uno dei punti più delicati e sfuggenti: è infatti alquanto indeterminato il concetto di slealtà o scorrettezza che connota queste pratiche, così come indeterminato è il parametro del 'consumatore medio' cui va riferita la loro incidenza.

A queste pratiche ed alla loro disciplina accenna Montinaro, laddove vi vede il rimedio elettivo contro prassi invalse, come la pubblicità occulta o il *geoblocking*, ma anche contro gli abusi e le scorrettezze nel contesto digitale: un fenomeno di grande attualità, per gli atteggiamenti predatori che purtroppo sono diffusi nella rete.

Il tema è poi approfondito da Sara Landini, che si interroga sulla relazione tra disciplina delle pratiche scorrette e disciplina delle clausole vessatorie. Una relazione ricostruibile tanto in termini di mero parallelismo, quanto – e l'Autrice propende per questa tesi – in termini di complementarità dei rimedi e di interferenza degli ambiti di controllo. Un esempio può essere quello delle tecniche redazionali: ove queste compromettano la trasparenza del testo contrattuale può determinarsi una intersezione tra controllo sulle pratiche scorrette e controllo sulle clausole abusive.

Triste dirlo. Ma il diritto dei consumi altro non è che un rimedio agli abusi che contro il consumatore vengono perpetrati per spingere la distribuzione. Dai contributi che si trovano nel libro esce confermata l'impressione che un utilizzo largo e incisivo della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette sia un, se non *il*, mezzo elettivo per contrastare la vessazione del consumatore. Proprio l'indeterminatezza che sopra si rilevava può tradursi nell'applicazione giurisprudenziale in elasticità. E soprattutto può offrire rimedi là dove a prima vista non se ne reperiscono.

I contributi del libro che si soffermano sul tema forniscono esempio di come la riflessione dottrinale raffinando la conoscenza dell'istituto cooperi allo sforzo di renderne efficace l'impiego.

6. I profili rimediali

Se inteso in senso ampio, quello dei *rimedi* cui si è appena accennato è appunto l'ultimo nucleo tematico sul quale si incontrano fra loro vari contributi del libro.

Una prospettiva latamente rimediale concerne anzitutto la messa a punto che Augusto Vigo Majello effettua della disciplina del sovraindebitamento del consumatore. Non si dirà qui della sua esegesi, per cui è opportuno rinviare alle pagine dedicate. È utile invece osservare come dalla scelta di offrire anche al consumatore un rimedio contro la crisi economica emerga nelle pagine dell'Autore la conferma di ciò che nei primi anni del fenomeno consumeristico nel nostro paese si escludeva e che poi invece è stato progressivamente riconosciuto: che, cioè, il consumatore è a tutti gli effetti un operatore del mercato ed un protagonista del fenomeno economico. Al quale perciò non si può negare – nelle forme appropriate – quello stesso soccorso che le leggi danno in caso di crisi agli altri operatori.

Rimedio alla patologia dei rapporti di consumo è poi il ricorso alla risoluzione alternativa delle controversie, ampiamente illustrato da Alberto Cinque

come strumento in cui la necessità di rimediare ai limiti della razionalità delle scelte individuali concorre con la necessità di ovviare ai fallimenti del mercato.

Anche qui per quanto riguarda l'illustrazione della disciplina e la sua ricostruzione in termini dogmatici da parte dell'Autore è opportuno rinviare il lettore alle pagine dedicate. Ma va segnalata la giusta sottolineatura che Cinque fa dell'alternatività in più sensi di queste procedure, in cui con metodi procedimentali alternativi si persegue una giustizia alternativa. L'importanza del punto è evidente: la diffusa constatazione del superamento nel diritto dei consumi delle tradizionali categorie civilistiche si ridurrebbe ad un tecnicismo, interessante solo per la conventicola degli addetti, se non rivelasse ben maggiore significato in termini di politica del diritto e di rilevanza etica e sociologica. L'Autore nelle pagine finali coglie lucidamente questo aspetto là dove esamina il ruolo che nelle ADR l'equità può avere al posto dello stretto diritto.

Un certo carattere rimediabile connota, infine, le azioni di classe e le azioni collettive inibitorie, cui Maria Luisa Guarnieri e Ulisse Corea dedicano il loro contributo, con una puntuale ricostruzione di una disciplina procedimentale complessa per la quale occorre rinviare il lettore alle pagine dedicate. Qui è utile sottolineare quanto gli Autori mettono in rilievo: che cioè, grazie alle recenti innovazioni, a questi strumenti di tutela non più di 'interessi collettivi' ma di 'diritti individuali omogenei' lesi dalla condotta di un'impresa o di un gestore di pubblici servizi, appartiene oggi, trascesa la sola materia consumeristica e la tipicità delle lesioni, un carattere di generalità prima sconosciuto.

Se, come sopra detto, il diritto dei consumi altro non è che un rimedio agli abusi che contro il consumatore vengono perpetrati per spingere la distribuzione, non si può che condividere l'attenzione che Curatori ed Autori hanno voluto riservare anche al profilo rimediabile.

7. Verso il sistema attraverso l'esplorazione dei problemi particolari

Un libro dedicato al problema, dunque, più che al sistema.

La tradizione dei nostri studi giuridici privilegia come impresa particolarmente nobile l'edificazione del sistema. È come sistema, del resto, che il moderno diritto positivo si è affacciato alla storia, con i codici.

Ma ci sono due modi di arrivare al sistema. Uno, che ha caratterizzato appunto la modernità, passa per la progettazione, e va dal generale al particolare. È soprattutto un compito del legislatore. L'altro, che ha caratterizzato l'età di mezzo, da Giustiniano all'illuminismo, passa per la costruzione,

e va dal particolare al generale. È soprattutto un compito della giurisprudenza pratica e teorica.

Il libro qui introdotto si iscrive decisamente in questo secondo modo. Con l'analisi accurata di casi ed aspetti del diritto dei consumi esso attraverso la ricognizione dei problemi prepara e favorisce l'opera di sistemazione cui continuiamo ad aspirare. Ma se l'aspirazione permane, è realistico essere consci che – per le continue novità della prassi, per le frequenti novità legislative – il sistema più che un obiettivo reale è solo una bussola per orientare la nostra rotta.

Se riusciamo a percorrerla, se continuiamo ad avanzare, è anche grazie a libri come questo.

FRANCO TRUBIANI*

I SOGGETTI DEL COMMERCIO ELETTRONICO: LIMITI DELLE ATTUALI DEFINIZIONI LEGISLATIVE E PROSPETTIVE FUTURE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La discussa definizione di “consumatore”: limiti “soggettivi” ... – 3. ...e limiti “oggettivi”. – 4. L’interpretazione della nozione di “scopi misti”. – 4.1. a) La fideiussione. – 4.2. b) Il c.d. condominio-consumatore. – 5. I termini attuali del problema: le c.d. piattaforme di economia collaborativa. – 6. Il contributo della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE. – 7. Regolare l’innovazione: spunti di riflessione.

1. Premessa

Un Maestro del diritto civile recentemente scomparso scriveva ormai ventidue anni fa che “*la diversità di ruoli, egemoni e subalterni, che si cumulano simultaneamente in ciascun soggetto, rende impossibile che esso si scieri, una volta per tutte, da una parte. Chi produce in un settore è consumatore in un altro*”¹.

Tale assunto risulta ancor oggi particolarmente attuale e precorritore in un mondo ormai pienamente globalizzato nel quale la tecnologia (e con essa l’economia digitale) fiorisce ed avanza sempre più ed in cui (anche) il diritto privato, attraverso una decisa interazione tra disciplina dei contratti, della protezione dei dati personali e della proprietà intellettuale², viene

* Dottore di ricerca in Diritto dei consumi presso l’Università degli Studi Roma Tre.

¹ G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 21 ss.

² L’utilizzo dei dati personali dei consumatori per la misurazione quantitativa e qualitativa della società costituisce un fatto ampiamente riconosciuto in dottrina: tra gli altri, v. con diverse sfumature A.M. GAMBINO e C. BOMPRESZI, *Blockchain e protezione dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 2019, p. 619 ss.; V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e merca-*

chiamato a confrontarsi con sfide sempre più complesse e difficili che mettono in discussione i tradizionali equilibri posti alla base dello stesso diritto privato³.

Lo studio dei contraenti rappresenta in un certo senso una “novità” per il civilista in senso stretto: l’introduzione del diritto dei consumatori ma più in generale la più ampia tematica relativa alla protezione del contraente “debole” (come, ad esempio, microimprese, associazioni, enti del terzo settore) ha fatto sì che negli ultimi anni si tornasse a studiare con particolare attenzione le qualifiche soggettive dei contraenti.

A tal proposito il nostro Codice civile, difatti, come è noto, si caratterizza per una certa “indifferenziazione soggettiva”⁴, cioè le caratteristiche soggettive delle parti di un contratto erano e sono per lo più irrilevanti ai fini della disciplina ad esso applicabile: di conseguenza, come già notato in dottrina, uno studio relativo alle figure dei contraenti nel Codice civile si rivelerebbe di scarso impatto sistematico⁵.

A partire ormai da diversi anni fa, tuttavia, il legislatore italiano, a seguito dell’introduzione della normativa consumeristica, annovera, tra gli elementi qualificanti della fattispecie e della sua disciplina, proprio le qualità soggettive dei contraenti⁶.

to nella ricostruzione del fenomeno, in V. CUFFARO, R. D’ORAZIO e V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 38 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH e G.G. CODIGLIONE, *Ten Legal Perspectives on the Big Data Revolution*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, p. 29 ss.

³ Così P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in *Internet e diritto civile*, C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), Esi, Napoli, 2014, p. 417 ss.; sul punto v. anche F. BOCCHINI e E. QUADRI, *Diritto privato*, 7ª ed., Giappichelli, Torino, 2018, p. 48 ss. Le sfide dell’economia digitale, inoltre, impongono una rimediazione delle tradizionali categorie civilistiche al fine di ricostruire un regime giuridico adeguato. Nel 2015 la Commissione Europea ha avviato un ambizioso progetto volto alla creazione di un “mercato unico digitale”, con l’obiettivo di assicurare un miglior accesso a beni e servizi digitali per consumatori e imprese, consultabile sul sito https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_it.

⁴ A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Europa dir. priv.*, 2007, p. 901 ss., ed in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 397 ss.

⁵ E. GABRIELLI, *I contraenti*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d’impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 119.

⁶ Il dato era già stato colto dalla dottrina più sensibile (L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 688), a parer della quale “dopo aver infranto la centralità del Codice civile, incardinato ‘sull’unità del soggetto giuridico e sulla centralità e sistematicità del diritto civile’, il consumatore a sua volta si frantuma in una pluralità di figure che ne offuscano l’identità e impongono la ricerca di criteri atti ad individuare i rapporti tra le diverse discipline”.

Appare poi sempre più chiaro, alla luce della progressiva diffusione di internet che ha dato origine al mercato telematico e poi all'evoluzione dello stesso⁷ ed in base alle peculiarità della contrattazione elettronica⁸, come le attuali definizioni legislative di “consumatore” e “professionista” (ma non solo) appaiano del tutto insufficienti se non addirittura inadatte ad inquadrare giuridicamente i soggetti del commercio elettronico⁹.

Tornare a discorrere delle figure protagoniste del mercato unico europeo, pertanto, continua ad essere un esercizio importante non solo per rendersi conto dell'evoluzione della prassi commerciale e della (naturale) difficoltà del diritto di cogliere i mutamenti della realtà sociale e tecnologica¹⁰ ma anche, di conseguenza, della complessità nel regolare adeguatamente il fenomeno.

⁷ Interessanti riflessioni sul punto (e a cui si rinvia) si rinvergono in G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 441 ss., a parer della quale, ad esempio nel caso dei c.d. *smart contract*, all'esito dell'analisi dei profili problematici, non si debbano superare le categorie consolidate e creare nuove regole. Sullo specifico ambito dei c.d. *smart contract* si veda, per tutti, F. DI CIOMMO, *Smart Contract and (Non-)Law. The case of High Frequency Contracts*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2018, vol. 7, part. 2, p. 291; e ID., *Smart Contract e (non-)diritto. Il caso dei mercati finanziari*, in *Nuovo dir. civ.*, 2019, p. 25 ss.

⁸ Sul punto cfr. già il dibattito di qualche anno sulle modalità di conclusione dei contratti telematici: v., per tutti, S. GIOVA, *La conclusione del contratto via internet*, Esi, Napoli, 2000, p. 55 ss.; EAD., *Qualificazione dell'offerta in internet: offerta al pubblico o invito a proporre?*, in S. STICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 106 ss., spec. p. 113 ss. Più di recente si rinvia all'attento studio di M.P. PIGNALOSA, *Il consumatore calcolante. Contributo allo studio del contratto telematico*, Esi, Napoli, 2020, spec. p. 59 ss.

⁹ Definisce in via introduttiva il commercio elettronico come “*la vendita per via telematica di beni al pubblico dei consumatori*”, per poi analizzare più specificamente le tipologie di classificazione del commercio elettronico M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 261 ss.; sul punto v. anche F. BRAVO, voce *Commercio elettronico*, in *Enc. dir., Ann.*, V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 253 ss.

¹⁰ Tra i tantissimi profili degni di interesse ma non affrontabili in questa sede, vi è anche il recente tema delle modalità di conclusione del contratto mediante agenti elettronici. Sul punto, tra gli altri, si rimanda alle attente considerazioni di C. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1245 ss., per la quale “*la robotica si manifesta incline a riproporre l'antico e mai sopito dibattito sul ruolo dell'accordo nel fenomeno contrattuale*” e che, pertanto, gli agenti elettronici impongano “*la necessità di ripensare il paradigma contrattuale e di recidere la connessione con l'accordo mediante l'identificazione dell'essenza del contratto nella bilateralità intesa quale riferibilità del regolamento ad almeno due parti*”; più di recente si segnala la suggestiva tesi di G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di P. Femia, Esi, Napoli, 2019, p. 72 ss., il quale ritiene che gli algoritmi operino come *rappresentanti digitali* dei soggetti umani, secondo una ricostruzione fondata su «una prudente analogia» con le norme in materia di rappresentanza. L'A. richiama la definizione di B.

2. La discussa definizione di “consumatore”: limiti “soggettivi” ...

L’esperienza europea e poi quella più strettamente nazionale, come è noto, muove dalle figure del “consumatore” e del “professionista”, intesi come una sorta di endiadi inseparabile¹¹.

Una delle questioni che più frequentemente si è posta in dottrina è quella relativa all’entità del consumatore, definito dall’art. 3 cod. cons. quale “persona fisica”, e dunque alla possibilità di ricomprendere – o meno – nella nozione di consumatore soggetti diversi dalle persone fisiche¹².

Più specificamente la definizione è quella per cui consumatore è “*la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*”¹³: essa, come è noto, ha lasciato irrisolti

Latour di *attanti*, funzionale a distinguere la capacità d’agire degli agenti *software* dalla capacità d’agire degli esseri umani. Gli agenti potrebbero agire in qualità di rappresentanti oppure di mandatari senza rappresentanza e, pertanto, con un autonomo patrimonio e rispondere nei limiti di questo delle obbligazioni assunte: il punto è assai discusso anche nella nostra dottrina. Si rimanda più compiutamente, tra gli altri, a U. RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1702 ss.; A. ALPINI, *Sull’approccio umano – centrato all’intelligenza artificiale. Riflessioni a margine del “progetto europeo di orientamenti etici per una IA affidabile”*, in *Comp. dir. civ.*, 2019, p. 8 ss.; A. AMIDEI, *Robotica intelligente e responsabilità: profili e prospettive evolutive del quadro normativo europeo*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 98 ss.; A. ASTONE, “*Principio di non esclusività della decisione algoritmica*” e limiti della configurazione di un “*umanesimo digitale*”, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, p. 10 ss.

¹¹ A differenza di quanto avviene, ad esempio, nell’ordinamento francese che conosce la categoria dei “*non professionnel*” cioè soggetti, diversi dai consumatori, non professionisti a cui si applicano le norme relative alle clausole vessatorie, alla trasparenza e alcune norme sulle pratiche commerciali scorrette. Anche in Spagna la situazione è differente rispetto alla nostra: la Ley 27 marzo 2014, n. 3 (che ha modificato la *Ley general para la defensa de los consumidores y los usuarios*, recependo principalmente la direttiva 2011/83/UE) ha previsto diverse modifiche: particolarmente interessante è quella relativa all’art. 3 che definisce le nozioni di consumatore e professionista. Il nuovo testo dell’art. 3 attualmente recita “*A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica, que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*”.

¹² Ripercorre i termini della questione L. MEZZASOMA, *Il consumatore e il professionista*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA e S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Esì, Napoli, 2014, p. 13 ss.

¹³ Similmente l’art. 2, lett. e), del d.lgs. 70/2003 (normativa specificamente dedicata al commercio elettronico) prevede che è consumatore “*qualsiasi persona fisica che agisca con finalità non riferibili all’attività commerciale, imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*”.

molti dubbi, peraltro aggravati da una presunta generalità che tale nozione, in concreto, mostra ma che, in realtà, non si ricollega al moltiplicarsi delle definizioni riferite al consumatore stesso.

La nozione letterale di consumatore data dall'art. 3 del Codice sembra escludere abbastanza chiaramente questa possibilità, così lasciando prive di tutela ivi apprestata le persone giuridiche, siano esse pubbliche o private, e gli enti *no profit*, con o senza personalità giuridica¹⁴.

La precisa dizione "persona fisica" non si presta, difatti, ad un'interpretazione estensiva della norma medesima per cui solo le persone fisiche possono beneficiare della tutela apprestata in favore del consumatore dal Codice del consumo. Ciononostante è opportuno analizzare, seppur brevemente, la possibilità di estendere la tutela anche agli enti e alle persone giuridiche in ragione della situazione di debolezza in cui possono trovarsi laddove compiano una contrattazione con un professionista, senza tralasciare che per costoro il dover perseguire uno scopo sociale previsto dallo statuto richiede di per sé che l'attività sia svolta in modo "professionale"¹⁵.

La tendenza ad allargare il perimetro della tutela di quei soggetti considerati deboli, oltre la ormai "classica" figura del consumatore, ha indotto la dottrina a parlare apertamente del problema del confine della tutela del contraente debole¹⁶: cioè, ad indagare se tale tutela possa estendersi ad al-

¹⁴ Sull'opportunità di attribuire la qualità di consumatore anche alle persone giuridiche, ai piccoli imprenditori e agli artigiani, si è pronunciata, in due occasioni, la Corte Costituzionale (in particolare Corte Cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 668) in seguito alle questioni di legittimità sollevate prima dal Giudice di Pace di L'Aquila e poi dal Giudice di Pace di Sanremo (G.d.P. Sanremo, 5 luglio 2001, in *Giur. merito*, 2002, I, p. 649; G.d.P. L'Aquila, 3 novembre 1997, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2341) che, con riferimento all'allora co. 2 dell'art. 1469 *bis* cod. civ. ne sostenevano l'incostituzionalità per violazione dell'art. 3 Cost. nella parte in cui non equiparava al consumatore le piccole imprese, sul presupposto che tutti gli altri soggetti diversi dalle persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale, avrebbero diritto ad essere tutelati dalle clausole vessatorie, che possono creare squilibrio tra diritti e gli obblighi derivanti dal contratto. Sul punto v. anche Corte Giust. UE, 22 novembre 2001, causa C-451/99, in *Corr. giur.*, 2002, p. 445 ss., con nota di R. CONTI, *La Corte CE a tutto campo sulla nozione di consumatore e sulla portata della direttiva 93/13/CE in tema di clausole abusive*. In dottrina v. L. GATT, *Commento all'art. 1469 bis comma 2°. Ambiente soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, in *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca-F.D. Busnelli, Cedam, Padova, 1999, p. 101 ss.

¹⁵ Tanto è vero che in dottrina è stato rilevato che "il diritto dei consumatori è il diritto della persona fisica che agisce per fini estranei all'impresa" (così A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 206).

¹⁶ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un paradigma*, in *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 85 ss.; A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Ann.*, 2011, p. 370

tre figure che condividerebbero il medesimo tratto di “debolezza” contrattuale¹⁷.

Sul punto si segnala un’apertura da parte dello stesso legislatore che, pur non rinnegando la scelta restrittiva, inizia ad estendere a nuovi soggetti segmenti di disciplina consumeristica: il riferimento va all’art. 18 cod. cons. (come modificato dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 e convertito in legge con l. 24 marzo 2012, n. 27), il quale ha ricompreso tra i soggetti tutelati, in caso di pratiche commerciali presuntivamente scorrette, anche le microimprese, definendo le stesse come entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un’attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell’art. 2, par. 3, dell’allegato alla Racc. n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003¹⁸.

Tale modifica legislativa ha offerto una prima risposta, anche se pur limitata e parziale, all’istanza di protezione di un nuovo soggetto giuridico

ss.; più di recente si v. lo studio monografico di M.L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, Giuffrè, Milano, 2016.

¹⁷In realtà, a ben vedere, la categoria del “contraente debole” non ha una vera e propria valenza normativa ma rappresenta unicamente la sintesi descrittiva dei diversi destinatari di differenti statuti che hanno quale comune denominatore la presunzione di “*uno squilibrio a carico di determinate parti in determinate negoziazioni*”, così P. PERLINGIERI, *La tutela del “contraente debole” nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 746 ss. L’esperienza delle microimprese dimostra il continuo segmentarsi della categoria in relazione alle “*peculiarità del soggetto portatore dell’interesse da tutelare*”, così R. QUADRI, “*Nullità e tutela del “contraente debole”*”, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1144 ss., il quale segnala la necessità di verificare la rispondenza delle varie discipline al criterio di ragionevolezza intesa come diretta emanazione del fondamentale principio di uguaglianza sancito dall’art. 3 Cost. Evidenzia con precisione L. MEZZASOMA, *Consumatore e Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 319, come la condizione di debolezza di un soggetto non può essere oggetto di una presunzione assoluta basata sulla qualificazione soggettiva, ma la sua variabilità e mutevolezza dovrebbe spingere a spostare l’asse del sistema verso una presunzione relativa. Segnala la perdita di centralità della figura del consumatore a favore di una disciplina «dai confini più ampi rivolta ad un soggetto di mercato impegnato in una relazione asimmetrica, dipendente da fattori fisiologici e non dalla patologia dell’accordo», G. VETTORI, *Il contratto del terzo millennio*, in *Persona e mercato*, 2010, p. 216; ID., *Oltre il consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 86.

¹⁸Pertanto i due caratteri distintivi della microimpresa sono l’organico occupato (che deve essere inferiore alle dieci persone) e il fatturato annuo, o in alternativa il totale annuo di bilancio, che non deve superare 2 milioni di euro. Cfr. ISTAT, *Assetti strutturali e fattori di competitività delle imprese italiane: le microimprese in Italia*, presentato il 9 novembre 2018, disponibile al sito <http://www.istat.it/it/archivio/223346> (peraltro, tale rapporto prende in considerazione le imprese con 3-9 addetti, il numero complessivo delle microimprese è significativamente superiore), il quale rivela che in Italia nel 2017 le microimprese erano 4.085.324, occupando 2.913.244 persone.