



**VNIVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

**LA COMPRAVENTA ELECTRÓNICA DE CONSUMO CON
ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO DE DESISTIMIENTO**

PRESENTADA POR:

VITÓRIA MONEGO SOMMER SANTOS

Dr. D. EUGENIO LLAMAS POMBO

Dr. Dña. ALESSANDRA BELLELLI

SALAMANCA, 2022

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
<i>CAPITOLO I- La compravendita al plurale e la tutela del consumatore</i>	<i>7</i>
1. Il diritto del consumatore come diritto sociale fondamentale.....	7
2. Le fonti del diritto dei consumatori	17
3. Il consumatore come soggetto di diritto	28
4. Il professionista come soggetto di diritto.....	35
5. Il diritto contrattuale nei rapporti con i consumatori e la nuova teoria contrattuale.....	38
6. L'impatto del commercio elettronico sul diritto contrattuale.....	46
7. La compravendita elettronica di consumo come categoria autonoma: le compravendite al plurale.....	56
<i>CAPITOLO II- La compravendita elettronica di consumo</i>	<i>66</i>
1. Il contratto elettronico come categoria di contratto a distanza	66
2. La forma elettronica.....	75
3. La formazione del contratto elettronico.....	79
4. Il formalismo informativo.....	86
5. Il contenuto dell'offerta nel commercio elettronico	95
6. Adesione e accettazione dell'offerta <i>point and click</i>	103
7. La compravendita elettronica: disumanizzazione del contratto?	113
<i>CAPITOLO III- Il diritto di recesso del consumatore</i>	<i>117</i>
1. Considerazioni generali	117

2. Le modalità di estinzione del contratto e il diritto di recesso	123
3. Il diritto di recesso nei rapporti di consumo	127
4. L'esercizio del diritto di recesso	136
5. La tempestività dell'esercizio del diritto di recesso.....	145
6. L'estinzione dei contratti accessori in virtù dell'esercizio del diritto di recesso 153	
7. Eccezioni al diritto di recesso	156
<i>CAPITOLO IV- Lo ius poenitendi e il diritto restitutorio</i>	168
1. Il diritto restitutorio come fonte delle obbligazioni	168
2. L'obbligazione restitutoria del consumatore	179
3. Effetti dell'inadempimento del consumatore dell'obbligazione di restituzione 183	
4. Rischio per la perdita o per il deterioramento del bene	194
5. Il diritto del consumatore alla restituzione del prezzo	201
6. Diritto alla restituzione delle spese accessorie di consegna	207
7. Spese di restituzione del bene	213
CONCLUSIONES	219
BIBLIOGRAFÍA	236

INTRODUCCIÓN

Durante las últimas tres décadas del siglo XX, el ciclo virtuoso de transición del Estado liberal al Estado social de derecho, que ocasionó la codificación del derecho del consumidor, fue un paso decisivo para la protección del contratante débil. A su vez, a comienzos del siglo XXI, la exponencial difusión de la tecnología de *internet* superó los tradicionales medios centralizados de comunicación y permitió no solamente el amplio acceso a la informaciones de las más distintas fuentes, sino también una interacción entre los individuos a través del ambiente virtual, algo que se reflejó en los más variados campos del derecho. El medio digital, debido a la desmaterialización de la información, permite que sus usuarios puedan dialogar a distancia en tiempo real, no solo a través del lenguaje verbal, sino también mediante comunicación visual, empleando una conjunción de íconos y lenguaje escrito. En el derecho de los contratos, esta nueva tecnología de la información hace que sea posible celebrar de forma instantánea contratos escritos a distancia, en forma digital, de un modo que jamás se había visto. En este contexto, se relativizan el tiempo y el espacio, y las barreras geográficas se vuelven, antes de todo, barreras de naturaleza jurídica.

En las relaciones de consumo, la forma electrónica de contratación rápidamente adquirió una importancia capital, representando una considerable cuota en el mercado. Esta importancia se mostró aún más evidente durante los últimos dos años con la pandemia del coronavirus, facilitando la adquisición de productos a distancia por parte de los consumidores. Con la forma electrónica de contratación, sin embargo, considerando sus diversas particularidades, surgió la necesidad de que el derecho se adaptara a la nueva realidad. Por esta razón, en las últimas décadas, juristas y legisladores le han dado atención especial a la contratación electrónica, empeñados en elaborar soluciones que puedan servir para disminuir la asimetría entre consumidor y profesional en ambiente virtual. Las nuevas modalidades de oferta y aceptación *point and click* y las inherentes

dificultades de adquirir productos a través de *internet*, son algunas de las características que hacen que abordar el tema sea sumamente desafiador.

La presente tesis, titulada «La compraventa electrónica de consumo con particular referencia al derecho de desistimiento», fue construida a partir de la inspiración del evento promovido por el *Centro di Studi Giuridici sui Diritti dei Consumatori* de la *Università degli Studi di Perugia*, el 24 de mayo de 2014, coordinado por los profesores Lorenzo Mezzasoma, Eugenio Llamas Pombo y Vito Rizzo, titulado: «*La Compravendita: realtà e prospettive*». Se trata de un trabajo desarrollado bajo la perspectiva del derecho brasileño y comparado, cuya investigación fue llevada a cabo por la autora en la condición de alumna del Doctorado Internacional de Derecho del Consumidor en la *Università degli Studi di Perugia* y la Universidad de Salamanca.

En el derecho brasileño, con el objetivo de perfeccionar las disposiciones del Código de Defensa del Consumidor a la realidad del comercio electrónico, tramita en el Congreso Nacional el Proyecto de Ley n. 3514/15. Por consiguiente, el principal objetivo del presente trabajo consiste en, inspirado en el derecho comunitario, italiano y español, ofrecer contribuciones al derecho brasileño para proteger al consumidor que compra en ambiente virtual.

El objeto de la tesis se limita al análisis jurídico de la compraventa electrónica en las relaciones de consumo. El análisis será dividido en cuatro capítulos. En el primer capítulo, titulado: «La compraventa en plural y la tutela del consumidor», se presentará la tesis de fondo, presente en todo el trabajo, según la cual en el Estado social de derecho ya no existe una figura unitaria de contrato de compraventa, sino diversos tipos de compraventas, en plural. En este contexto defendemos la tesis de que «La compraventa electrónica de consumo», constituye una nueva categoría de contrato de compraventa, autónoma y distinta de las demás, tomando en cuenta sus diversas particularidades, que veremos con más detalles a lo largo del trabajo.

El segundo capítulo será dedicado a un análisis más profundo de algunas de las principales características distintivas de la compraventa electrónica de consumo, especialmente con respecto a la definición del régimen jurídico que disciplina el

contrato electrónico en el momento de su formación, y a la vulnerabilidad del consumidor que se revela acentuada en el ambiente virtual. Se trata de un tipo extremadamente agresivo de formación contractual, llevando en cuenta la conjugación de varios factores, entre los cuales están la invasividad de las ofertas, la rapidez en la conclusión de contratos de adhesión *point and click*, facilitados por la forma electrónica, la distancia no solamente entre consumidor y profesional, sino especialmente la que separa al consumidor del producto que será adquirido y que genera el agravamiento de la vulnerabilidad del consumidor debido a la asimetría informativa.

El tercer capítulo, denominado «El derecho de desistimiento del consumidor», se dedicará a analizar la extinción del contrato electrónico como resultado del ejercicio del *ius poenitendi*. El instituto del derecho de desistimiento, innovación introducida en el derecho del consumidor, adquirió especial relevancia con la popularización del comercio a través de *internet*, al garantizarle al consumidor el derecho *ex lege* de extinguir unilateralmente el contrato sin la necesidad de presentar cualquier tipo de justificación. De esta forma, el derecho de desistimiento es, al lado de las obligaciones de información, el principal instrumento de protección del consumidor que contrata a través de *internet*, constituyendo una característica fundamental de la compraventa electrónica de consumo. Por fin, en el cuarto capítulo, titulado «El *ius poenitendi* y el derecho restitutorio», se analizará el período temporal posterior al ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor, que, considerando la extinción de la compraventa electrónica de consumo, se rige por el derecho restitutorio con base en el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa.

CAPITOLO I- La compravendita al plurale e la tutela del consumatore

SOMMARIO: 1. Il diritto del consumatore come diritto sociale fondamentale; 2. Le fonti del diritto del consumatore; 3. Il consumatore come soggetto di diritto; 4. Il professionista come soggetto di diritto; 5. Il diritto dei contratti nei rapporti di consumo; 6. L'impatto del commercio elettronico sul diritto contrattuale; 7. La compravendita elettronica di consumo come categoria autonoma: le compravendite al plurale.

1. Il diritto del consumatore come diritto sociale fondamentale

Al fine di comprendere in cosa consiste il diritto del consumatore come diritto sociale fondamentale, è importante fare la distinzione tra gli *status* di persona, di cittadino e di consumatore¹. Si tratta, infatti, di una distinzione legata al tema dell'uguaglianza, che caratterizza proprio ciò che è contrario alla differenza². In passato, lo *status* era utilizzato come strumento per l'acquisto e il mantenimento di privilegi e immunità, di concentrazione del potere e di subordinazione di servi o schiavi. Nella modernità, la situazione è cambiata radicalmente in occasione della Rivoluzione francese, con l'abolizione dei privilegi di classe e la distinzione tra libero e schiavo. I diritti fondamentali dell'uomo e del cittadino sanciti nelle costituzioni moderne sono il riflesso della Rivoluzione francese e della

¹ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. Terza edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 510; PERLINGIERI, Pietro. *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in PERLINGIERI, Pietro; CATERINI, Enrico (a cura di). *Il Diritto dei Consumi*. Vol I. Rende: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 15-18.

² ALPA, Guido. *Status e capacità*. Roma: Editori Laterza, 1993, p. 3-5.

Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, da cui sono stati consacrati i principi di libertà, uguaglianza e fraternità³.

Sotto la spinta della Rivoluzione francese e dell'ideologia liberale, la libertà viene garantita come valore supremo, «nessuno può essere costretto a fare o astenersi dal fare qualcosa se non in virtù della legge»⁴ e, con esso, la diffusione del principio della libertà economica, basato sulla proprietà privata e sul diritto dei contratti, garantendo a tutti il diritto individuale di essere agenti economici nella società⁵. Allo stesso modo, il principio dell'uguaglianza «tutti sono uguali davanti alla legge, senza distinzione alcuna»⁶, concependosi la figura della persona come un «soggetto unico universale»⁷. Come illustrato da Vincenzo Roppo, la società moderna «libera gli individui dal vincolo degli status», permettendo di costruire, sulla base della loro volontà, la propria posizione nella società e nell'economia⁸.

³ Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: Art.1°. Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti. Le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull'utilità comune; Art. 4°. La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri: così, l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti. Tali limiti possono essere determinati solo dalla Legge; Art. 5°. La Legge ha il diritto di vietare solo le azioni nocive alla società. Tutto ciò che non è vietato dalla Legge non può essere impedito, e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina; Art. 6°. La Legge è l'espressione della volontà generale. Tutti i cittadini hanno diritto di concorrere, personalmente o mediante i loro rappresentanti, alla sua formazione. Essa deve essere uguale per tutti, sia che protegga, sia che punisca. Tutti i cittadini, essendo uguali ai suoi occhi, sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici secondo la loro capacità, e senza altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti.

⁴ Il Principio della libertà espresso nell'art. 5 II, della Costituzione federale brasiliana, nell'art. 41, tra gli altri, della Costituzione italiana e, tra gli altri, negli artt. 1 e 9 della Costituzione spagnola.

⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial I. Introducción teoría del contrato*. Sexta edición. Pamplona: Registradores de España, 2007, p. 56.

⁶ Il principio della uguaglianza viene espresso nell'art.5° della Costituzione brasiliana, nell'art. 3 della Costituzione italiana, e nell'art.1 della Costituzione spagnola.

⁷ Espressione utilizzata da VINCENTI, Umberto. *Diritto senza identità*. Lecce: Editori Laterza, 2007, p. 33: «l'articolazione delle persone in status diversi, sul piano normativo e sociale, non è scomparsa e anzi, si è rafforzata nel dopoguerra, obliterando l'aspirazione illuministica alla generalizzazione del cosiddetto "soggetto unico universale", che postula l'attribuzione della medesima capacità giuridica a qualsiasi uomo».

⁸ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 38.

Nel diritto brasiliano, dopo l'indipendenza, la Costituzione monarchica ha conservato l'odiosa distinzione tra liberi e schiavi⁹. La consacrazione in Brasile dei principi della Rivoluzione francese, di libertà e uguaglianza, secondo cui tutti sono uguali davanti alla legge, avvenne soltanto nel 1891, con la Costituzione repubblicana (art. 72, paragrafo 2), dopo l'approvazione della Legge d'oro del 1889, che abolì la distinzione tra liberi e schiavi¹⁰. Nel 1916, l'art. 2° del Codice di Beviláqua ha introdotto la norma secondo la quale «ogni uomo è capace di diritti e doveri nell'ordine civile». Infine, nel 2002, il nuovo Codice civile stabilisce che «ogni persona è capace di diritti e doveri nell'ordine civile» (art. 1°). In breve, la legislazione civile si è evoluta, conferendo, in nome dell'uguaglianza formale, la capacità civile a favore di ogni e qualsiasi essere umano, e inoltre, anche a favore delle persone giuridiche di diritto pubblico e privato.

Nell'attuale Costituzione brasiliana, l'art. 5, comma II, dichiara che tutti sono uguali davanti alla legge, senza distinzione alcuna. Si tratta, infatti, di un principio che proibisce ogni forma di distinzione, perché più si distingue, più si discrimina¹¹. D'altra parte, sotto l'incidenza del principio che tutti sono uguali davanti alla legge senza distinzione alcuna, non viene ammessa l'introduzione di misure legali per proteggere i gruppi socialmente vulnerabili¹². Questo perché, per il solo fatto che proibisce qualsiasi forma di distinzione, l'uguaglianza formale ignora completamente la possibilità di tutela delle persone appartenenti a gruppi intermedi. Per questo motivo, nelle codificazioni moderne, la regolamentazione degli istituti di diritto privato, sotto i presupposti costituzionali della libertà e dell'uguaglianza

⁹ Art. 6°, I della Costituzione del 1824: «*São Cidadãos Brasileiros: I. Os que no Brasil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação*».

¹⁰ Art. 72 Costituzione 1891: «*A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2° - Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho*».

¹¹ ALPA, Guido. *Status e capacità*, cit., p. 3.

¹² ALPA, Guido. *Status e capacità*, cit., p. 3-5.

formali, ha avallato le iniquità nei rapporti giuridici, trascurando le differenze economiche e sociali, che sono state astratte sotto il concetto di «soggetto unico universale»¹³.

L'iniquità di queste differenze divenne evidente con l'avvento della rivoluzione industriale, in virtù della quale, sotto il mantello del principio della libertà contrattuale, la classe industriale stabiliva, al momento della stipula dei contratti di locazione di servizio, condizioni di lavoro calamitose a svantaggio della classe operaia. In Brasile, il giurista Evaristo de Moraes, nel 1905, ha messo in discussione la inadeguatezza della legislazione tradizionale nella tutela dei rapporti tra disuguali, che è culminata nel «dominio del più forte», sostenendo la necessità di un intervento statale nei contratti tra datori di lavoro e lavoratori per riequilibrare il loro rapporto: «la legge interviene come mezzo di protezione diretta, come risorsa eminentemente sociale per equilibrare le forze»¹⁴. Sotto la pressione di movimenti sociali dei lavoratori e del pensiero di Evaristo de Moraes, i diritti sociali sono stati introdotti nella legge brasiliana con l'approvazione, nel 1919, della legge sugli infortuni sul lavoro¹⁵.

¹³ Espressione utilizzata da VINCENTI, Umberto. *Diritto senza identità*. Lecce: Editori Laterza, 2007, p. 33: «l'articolazione delle personae in status diversi, sul piano normativo e sociale, non è scomparsa e anzi, si è rafforzata nel dopoguerra, obliterando l'aspirazione illuministica alla generalizzazione del cosiddetto "soggetto unico universale", che postula l'attribuzione della medesima capacità giuridica a qualsiasi uomo».

¹⁴ MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. 4 edizione. São Paulo: Editora LTr, 1971, p. 7- 20: «O Estado deve intervir no contrato geralmente chamado de locação de serviços, estabelecendo (...) o equilíbrio entre o salário mínimo e as necessidades do operário morigerado». In Spagna, secondo OTERO LASTRES, José Manuel. *La protección de los consumidores cuarenta años después*, in *Actas de derecho industrial y derecho de autor*. Tomo 40, 2019-2020, pagine 192: «Junto a estos autores hubo otros muchos que más que estar ante un nuevo sector del ordenamiento jurídico, explicaban la predisposición, aún incipiente pero generalizada, del legislador a proteger adecuadamente los intereses del consumidor sobre la base de un fenómeno anterior pero que empezaba a hacerse especialmente visible entonces, a saber: la tarea social del Derecho privado-de la que ya había hablado en 1898 Von Gierke, el cual afirmaba que el Derecho privado habrá de existir como Derecho social o no existirá en modo alguno».

¹⁵ MORAES, Evaristo de. *Accidentes do trabalho e a sua reparação*. Rio de Janeiro: Leite, Ribeiro e Maurillo, 1919.

Nel XX secolo, sotto l'influenza della costituzione di Weimar, si sono succedute nel tempo sei costituzioni brasiliane, compresa quella attuale del 1988, tutte incorporanti nelle loro disposizioni una lista di diritti sociali o fondamentali di seconda generazione. Nella prima metà del XX secolo viene consolidato il sistema classico di protezione sociale, di affermazione dei diritti sociali a favore della classe operaia: a) il diritto degli infortuni sul lavoro, a partire dal 1919; b) il diritto della sicurezza sociale, attraverso la creazione di fondi pensionistici e previdenziali e un regime generale di previdenza; c) il diritto contrattuale, nella «*Consolidação das leis do trabalho*» del 1943, attraverso la regolamentazione dei contratti di lavoro individuali e collettivi. Nel 1948, dopo la fine della Seconda guerra mondiale, l'ONU ha proclamato la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, il cui art. 1 afferma che «tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti». Inoltre, lo stesso articolo afferma anche che gli esseri umani «dotati di ragione e di coscienza (...) devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza». Nel momento storico in cui fu promulgata, in nome del principio sociale di solidarietà, oltre ai diritti e alle garanzie individuali, la dichiarazione ha incorporato i diritti sociali della sicurezza sociale (art. 22) e del lavoro (art. 23).

D'altra parte, l'industrializzazione ha dato impulso alla società dei consumi, termine riguardante la produzione, la commercializzazione ed il consumo di massa di beni. In Europa, l'istituzione, con il Trattato di Roma del 1957, della Comunità Economica Europea ha rappresentato il primo significativo progresso nella tutela, anche se indiretta, dei consumatori, attraverso la tutela della concorrenza per mezzo della creazione del mercato unico europeo, che ha garantito la libera circolazione di persone, capitali, beni e servizi¹⁶. Inizialmente, la parola «consumatore» era utilizzata in senso sociologico ed economico, non avendo ancora rilevanza nella sfera giuridica¹⁷. Nel trattato che istituisce la Comunità Economica Europea, era

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, cit., p. 11 e 12.

¹⁷ ROSSI CARLEO, Liliana. *Il diritto dei consumi in Italia*, in ROSSI CARLEO, Liliana (a cura di). *Diritto dei consumi: Soggetti, atto, attività, enforcement*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2015,

prevista, negli artt. 39 e 86, la figura del consumatore, però senza lo *status* giuridico conferitogli oggi. D'altra parte, l'istituzione del mercato unico europeo, attraverso il Trattato di Roma, ha influenzato direttamente la tutela dei consumatori.

Negli anni '60, negli Stati Uniti, è emerso un movimento per i diritti dei consumatori sotto la guida di Ralph Nader insorgendosi «allo scandalo del talidomide, all'aumento dei prezzi, all'azione dei mass media»¹⁸ e alla fabbricazione di automobili non sicure¹⁹. La società dei consumi, caratterizzata dalla produzione e dalle transazioni economiche seriali, è anche segnata da uno squilibrio economico e sociale nel rapporto tra professionisti e consumatori. Nel 1986, a partire dall'Atto Unico Europeo, con l'inserimento dell'art. 100A nel TCE (oggi l'art. 114 paragrafo 3 TFUE), viene menzionata, infatti, per la prima volta, la tutela dei consumatori²⁰. Da allora, la protezione dei consumatori ha rappresentato, nell'ambito dell'integrazione economica attraverso gli scambi commerciali, uno dei principali obiettivi dell'Unione Europea, attraverso l'elaborazione di direttive, e la sua incorporazione negli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Sono confluiti, così, gli obiettivi comunitari di protezione dei consumatori negli ordinamenti giuridici nazionali.

A livello di diritto costituzionale, i paesi europei in generale non hanno incluso espressamente la protezione dei consumatori nell'elenco dei diritti fondamentali, ad eccezione delle costituzioni più recenti, come quella portoghese del 1976 e quella spagnola del 1978²¹. Per questa ragione, in Italia, dato il momento storico in

p. 4: «il movimento di opinione e di azione denominato *consumerism* è stato dapprima al centro di attenzione della dottrina sociologica e di quella economica; solo in una fase successiva, che ha iniziato negli anni Settanta del secolo scorso, è divenuto argomento di elaborazione giuridica».

¹⁸ ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. Roma: Editori Laterza, 2002, p. 6: «Le origine del movimento dei consumatori nella sua forma attuale si fanno risalire variamente a Ralph Nader».

¹⁹ NADER, Raph. *Unsafe at any speed*, Knightsbridge Pub Co Mass, 1991.

²⁰ ADAM, Roberto; TIZZANO, Antonio. *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*. Seconda Edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017, p. 745.

²¹ BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra. *Artículo 1. El mandato constitucional de protección a los consumidores y usuarios*, in LLAMAS POMBO, Eugenio (coordinador). *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*. Madrid: La Ley, 2005, p. 54, nota 19.

cui fu promulgata (1947), la Costituzione non contemplava una tutela specifica dei diritti dei consumatori. Nonostante ciò, sulla scia del movimento di costituzionalizzazione del diritto civile, sotto il fondamento del principio della dignità della persona umana, il diritto dei consumatori è stato costruito attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata, come per mezzo della tutela della persona²², costante nel suo art. 2°. Nel 1998 è stata approvata la legge n. 281 del 30 luglio, che ha riconosciuto i diritti fondamentali dei consumatori. Più tardi, in esecuzione della legge 29 luglio 2003, n. 229, che ha determinato un coordinamento delle leggi sui diritti dei consumatori, è stato approvato il «Codice del consumo» italiano, per mezzo del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206²³.

Nell'ordinamento giuridico spagnolo, la Costituzione del 1978, oggi in vigore, ha previsto la tutela dei consumatori e degli utenti nel suo articolo 51, nel capitolo rubricato «*De los principios rectores de la política social y económica*», all'interno del titolo relativo ai diritti e doveri fondamentali, prevedendo la garanzia dei loro interessi, attraverso procedure efficaci²⁴. La positivizzazione della tutela dei consumatori nella Costituzione del 1978 è stata il risultato dell'idea della funzione sociale del diritto privato, e della necessità di creare e sistematizzare le norme di protezione dei consumatori²⁵. Sulla base di questa disposizione costituzionale, nel

²² ALPA, Guido. *Introduzione*, in ALPA, Guido (a cura di). *I contratti del consumatore*. Milano: Giuffrè Editore, 2014, p. 20.

²³ ALPA, Guido. *Introduzione*, cit., p. 13.

²⁴ Art. 51 Costituzione spagnola: «1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos; 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca; 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales».

²⁵ OTERO LASTRES, José Manuel. *La protección de los consumidores cuarenta años después*, cit., p. 192-193; RECALDE CASTELLS, Andrés. *El derecho de consumo como derecho privado especial*, in TOMILLO URBINA, Jorge (director); ÁLVAREZ RUBIO, Julio (coordinador). *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*. Pamplona: Thomson Civitas, 2008, p. 543: «Pero lo que ahora se propugna es la inserción en el ámbito de las relaciones intersubjetivas de un interés general, identificado en la protección al consumidor. O, si quiere, la -funcionalización del Derecho privado- va en la línea de su -desprivatización».

1984 è stata approvata la *Ley General para la Defensa de los Consumidores- LGDC* (legge n. 26/1984)²⁶, il cui primo articolo fa riferimento all'articolo 51 della Costituzione spagnola, oltre a spiegare il legame tra le norme del diritto dei consumatori e le altre linee guida dell'ordinamento giuridico di cui all'articolo 53.3 della Costituzione²⁷.

In Brasile, il diritto dei consumatori è stato introdotto nella Costituzione del 1988 sotto l'influenza della Risoluzione n. 39/248 del 9 aprile 1985 dell'Assemblea Generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, in base alla quale il governo ha istituito il «*Conselho Nacional de Defesa do Consumidor- CNDC*» (decreto n. 91.469/1985). Nello stesso anno, il Presidente del Consiglio ha costituito una Commissione per elaborare il progetto preliminare, composta dai giuristi che alla fine sono diventati gli autori del progetto del Codice di difesa del consumatore²⁸. Nel 1986 è stata istituita l'Assemblea Nazionale Costituente, circostanza storica che ha propiziato l'inclusione dei diritti dei consumatori come diritto fondamentale in occasione della sua promulgazione il 5 ottobre 1988. L'articolo 5, comma XXXII della Costituzione federale, sancisce i diritti dei consumatori come un diritto e una garanzia fondamentale, affermando nel capitolo dedicato ai «diritti e doveri individuali e collettivi» che «lo Stato promuoverà, come previsto dalla legge, la protezione dei consumatori». Nella costituzione brasiliana, la tutela dei consumatori è stata prevista anche nell'art. 170, sull'ordine economico, fondato sulla valorizzazione del lavoro umano e della libera iniziativa, regolato da principi

²⁶ Oggi riformulata, con l'approvazione del regio decreto legislativo 1/2007, nel *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias-TRLGDCU*.

²⁷ BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra. *Artículo 1. El mandato constitucional de protección a los consumidores y usuarios*, cit., p. 54-60.

²⁸ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; HERMAN DE V. BENJAMIN, Antônio. *Introdução*, in PELLEGRINI GRINOVER, Ada; HERMAN DE V. E BENJAMIN, Antônio; FINK, Daniel Roberto; BRITO FILOMENO, José Geraldo; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 12^a edizione. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA., 2019, p. 1.

che garantiscono la libertà di concorrenza, la protezione dei consumatori e dell'ambiente.

Infine, negli ultimi duecento anni, nonostante la consacrazione del principio che tutti sono uguali senza distinzione alcuna, contenuto nelle Dichiarazioni dei Diritti e in tutte le costituzioni, è necessario nel diritto privato, in nome dei principi di dignità e solidarietà sociale, la distinzione tra professionisti e consumatori, da cui risulta l'importanza della distinzione tra le categorie di persona, cittadino e consumatore²⁹. Tuttavia, nell'ordinamento giuridico brasiliano, il diritto del consumatore non è stato incluso nell'art. 6 della Costituzione federale, dedicato alla categoria dei diritti sociali³⁰, ma nel suo art. 5, relativo alla categoria opposta dei diritti fondamentali individuali, storicamente diretto alla tutela costituzionale dei diritti umani³¹.

Come sottolinea Pietro Perlingieri, non si possono confondere, in senso stretto, i diritti umani fondamentali, che sono diritti individuali, con i diritti sociali sanciti dalla costituzione³². Questo perché, come chiarito dall'autore, se è vero che ogni

²⁹ PERLINGIERI, Pietro. *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, cit., p. 17: «Esiste un nesso inscindibile tra libertà di iniziativa economica e valori personalistici e solidaristici, sì che le situazioni patrimoniali- impresa, proprietà, contratto- non possono non realizzarsi in conformità ai valori della persona umana».

³⁰ Art. 6 Costituzione brasiliana: «São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição».

³¹ Art. 5 Costituzione brasiliana: «Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor».

³² PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 511-514: «Di qui lo sforzo interpretativo volto ad attribuire un significato concreto alla formula che precede l'elenco dei diritti fondamentali, sforzo che approda ad una duplice soluzione- la qualificazione dei diritti fondamentali può essere intesa: 1) in senso proprio, cioè come posizioni soggettive inviolabili, insopprimibili e immodificabili; 2) in senso traslato e non pregnante e cioè come posizioni soggettive che pur nella loro eterogeneità formale, costituiscono lo status giuridico del consumatore e perciò sono da considerarsi particolarmente rilevanti. D'altra parte- si tratta di diritti perfetti o di diritti-pretesa o di diritti sociali o di diritti collettivi o diffusi, che non possono porsi sullo stesso piano dei diritti fondamentali propri della tradizione quali i diritti dell'uomo o i diritti costituzionalmente garantiti».

persona è titolare di diritti umani fondamentali, lo stesso non si può dire in relazione alla situazione o condizione di consumatore, che non è assoluta, essendo determinata concretamente non solo dalla dinamica di formazione dei contratti di consumo, però anche in virtù della qualità di professionista o consumatore. Nell'ordinamento brasiliano, l'inclusione del diritto del consumatore come diritto fondamentale, nell'art. 5, XXXII della Costituzione, finisce per confondere il diritto sociale del consumatore con i diritti individuali della persona, cioè lo *status* di persona con la condizione di consumatore, il che in molti casi si traduce nell'erronea convinzione riferita da Pietro Perlingieri, che «il consumatore deve essere protetto utilizzando i meccanismi dei diritti fondamentali»³³.

Pertanto, nell'interpretare sia la Costituzione che la legislazione infracostituzionale, va fatta la necessaria distinzione tra la tutela individuale e la tutela sociale dei diritti fondamentali dei consumatori. Questo perché, in molti casi, la tutela del consumatore, anche se affermata positivamente nel CDC, avviene per la sua condizione di persona o essere umano, e non per la sua eventuale qualità di consumatore. È ciò che succede, per esempio, quando la tutela della sicurezza e della salute dei consumatori è garantita³⁴, o quando gli viene garantito il diritto alla libertà di associazione³⁵. È diversa la tutela del consumatore in quanto tale, cioè

³³ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 511: «Ogni persona ha i diritti fondamentali dell'uomo, non altrettanto può dirsi in relazione al consumatore, sì che a confusione o la sovrapposizione dei due concetti induce all'erronea convinzione che il consumatore sia tutelato mediante i meccanismi dei diritti fondamentali».

³⁴ Art. 6 Costituzione brasiliana: «São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição; Art. 6º CDC São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos».

³⁵ Art. 5 Costituzione brasiliana: «Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; Art. 4º CDC A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus

come diritto sociale fondamentale. Per questa ragione, il posizionamento corretto dei diritti dei consumatori tra i «diritti e garanzie fondamentali» del Titolo II della Costituzione Federale del Brasile, sarebbe la sua inclusione nell'art. 6, cioè nella categoria dei «diritti sociali», e non nel suo art. 5 tra i diritti individuali. L'oggetto della presente tesi, quindi, è il diritto del consumatore in quanto tale, cioè il diritto sociale del consumatore.

2. Le fonti del diritto dei consumatori

Questa tesi è un lavoro di diritto comparato tra il diritto brasiliano, comunitario, italiano e spagnolo, con lo scopo di, attraverso riferimenti al diritto europeo, offrire un'analisi critica al Codice di difesa del consumatore brasiliano, contribuendo al miglioramento della legislazione e della dottrina nazionale nel campo del commercio elettronico di consumo. Essendo un lavoro diretto al pubblico brasiliano, è necessario chiarire brevemente il sistema delle fonti comunitarie del diritto dei consumatori, ed il suo recepimento da parte degli ordinamenti giuridici italiano e spagnolo. Per questo motivo, il presente paragrafo è diretto a fornire una visione panoramica delle fonti del diritto dei consumatori nel diritto comunitario, italiano, spagnolo e brasiliano, con particolare riferimento a quelle norme che riguardano la contrattazione di consumo a distanza attraverso mezzi elettronici.

La definizione di «fonte» nel diritto, come sottolinea Hernández Gil, può essere intesa in due sensi, il primo in riferimento alle «fonti del diritto», e il secondo alle «fonti delle obbligazioni». Secondo l'autore, mentre le «fonti del diritto» consistono nelle norme e nel diritto in senso oggettivo, le «fonti delle obbligazioni» riflettono i doveri giuridici e diritti soggettivi, che, tuttavia, non esisterebbero senza l'insieme

interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: (...) b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas».

delle norme del diritto oggettivo³⁶. Dall'affermazione degli Stati nazionali, lo Stato moderno ha acquisito il monopolio della produzione normativa, attraverso la promulgazione di costituzioni scritte e la codificazione del diritto privato. Nell'attualità, in occasione delle trasformazioni economiche e sociali che hanno determinato il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale di diritto, con la costituzionalizzazione dei diritti sociali e la decodificazione del diritto privato, attraverso la regolamentazione del diritto del lavoro e del diritto del consumo in legislazioni speciali, con la globalizzazione e l'intensificazione dei trattati internazionali, l'interprete si trova di fronte a una pluralità di fonti normative.

All'inizio del XXI secolo, ci sono grandi trasformazioni economiche e sociali come risultato dell'avvento delle tecnologie dell'informazione. La presenza delle nuove tecnologie dell'informazione e la loro costante evoluzione hanno determinato drastiche trasformazioni nelle dinamiche della società, generando successive conseguenze politiche, economiche, sociali e culturali, che continuano ad evolversi quotidianamente. Questi cambiamenti hanno origine con l'emergere dell'informatica, e del graduale sviluppo di ciò che ora conosciamo come *internet*. Dalle alterazioni e mutazioni nei rapporti tra gli individui sono seguite, inevitabilmente, quelle nell'ambito del diritto, come la necessità di tutelare le nuove situazioni giuridicamente rilevanti derivanti dall'avanzamento della tecnologia, che prima erano inimmaginabili.

In Europa, attraverso i vari Trattati costitutivi della Comunità Europea, che sono fonti primarie del diritto comunitario, gli Stati nazionali hanno abdicato a parti della propria sovranità a favore di un diritto sovranazionale³⁷. Sono considerate fonti secondarie del diritto comunitario europeo le norme elaborate dagli organi dell'Unione Europea, quali regolamenti, direttive, decisioni e raccomandazioni e

³⁶ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Ceura, 1983, p. 209-211.

³⁷ JAEGER JUNIOR, Augusto. *A liberdade de concorrência na União Europeia e no Mercosul*. São Paulo: Editora LTr, 2006, p. 59-60.

pareri³⁸ (art. 288 del Trattato sul funzionamento dell'UE), detti «atti tipici». Gli atti tipici consistono in strumenti forgiati allo scopo dell'applicazione del diritto comunitario, e si differenziano tra loro per particolari caratteristiche e per i distinti effetti che producono, secondo quanto previsto dai Trattati. Una delle principali differenze riguarda il loro carattere vincolante, poiché mentre i regolamenti, le direttive e le decisioni sono vincolanti per gli Stati membri, le raccomandazioni e i pareri non hanno questa caratteristica³⁹.

Il principale strumento utilizzato dall'Unione Europea per implementare e armonizzare il diritto dei consumi nei suoi vari Stati membri sono le direttive. Ai sensi dell'art. 288 del Trattato sul Funzionamento dell'UE, «la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi» da essere adottati. Ciò significa che, a differenza dei regolamenti, le direttive non sono direttamente applicabili negli Stati membri dell'UE⁴⁰. Pertanto, affinché possano produrre i loro effetti nell'ordinamento dei paesi appartenenti all'UE, le direttive devono essere recepite nei loro ordinamenti giuridici interni⁴¹. La decisione sulla forma e sui mezzi con cui tale incorporazione sarà effettuata spetta a ciascuno Stato, a condizione che siano adeguati all'esecuzione degli atti vincolanti dell'Unione. Le direttive europee sono composte, a titolo di introduzione, dai «considerando», che sono spiegazioni dei motivi, e chiariscono la loro ragion d'essere, assistendo nell'interpretazione degli articoli esposti.

Lo scopo delle direttive è quello di promuovere il ravvicinamento delle disposizioni legislative degli Stati membri dell'UE, che hanno un impatto diretto sullo stabilimento o sul funzionamento del mercato interno. Le direttive possono

³⁸ MARCHESI, Antonio; SCOTTO, Giuliana. *Il diritto dell'Unione Europea: dinamiche e istituzioni dell'integrazione*. Roma: Carocci, 2009, p. 83 e seguenti; ADAM, Roberto; TIZZANO, Antonio. *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 163.

³⁹ ADAM, Roberto; TIZZANO, Antonio. *Manuale di Diritto dell'unione europea*, cit., p. 183.

⁴⁰ MARCHESI, Antonia; SCOTTO, Giulia. *Il diritto dell'unione europea: dinamiche e istituzioni dell'integrazione*, cit., p. 89.

⁴¹ ADAM, Roberto; TIZZANO, Antonio. *Manuale di Diritto dell'unione europea*, cit., p. 173.

avere un carattere di armonizzazione minima o un carattere di armonizzazione massima. Le direttive di diritto dei consumatori di carattere minimale stabiliscono un livello minimo per la loro tutela, affinché gli Stati membri dell'UE possano adottare o mantenere disposizioni più favorevoli alla tutela dei consumatori. Le direttive di armonizzazione massima, a loro volta, non consentono agli Stati membri dell'UE, al momento del loro recepimento, di mantenere o introdurre nella loro legislazione nazionale delle disposizioni che divergono da essa, tranne in caso di disposizione contraria della direttiva stessa. Questa eccezione della disposizione contraria ha portato gli studiosi a creare la classificazione di direttiva di «armonizzazione massima temperata», «armonizzazione mista», o «armonizzazione piena ma temperata»⁴², perché, se così previsto dalla direttiva, è permesso agli Stati membri di stabilire *standard* di tutela più elevati⁴³.

A causa delle trasformazioni economiche e sociali avvenute negli ultimi decenni, il diritto del consumatore disciplinato dalle direttive si è evoluto. La direttiva 85/577/CEE, sulla tutela dei consumatori nei contratti conclusi fuori dei locali commerciali, che è stata la prima pubblicata dall'Unione Europea, e la direttiva 97/7/CE⁴⁴, sulla tutela dei consumatori nei contratti conclusi a distanza, erano di armonizzazione minima. Il carattere minimale della direttiva 97/7/CE, ad esempio, è stato contemplato nel suo art. 14, nel prevedere che: «gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più severe compatibili con il trattato, per garantire al consumatore un livello di protezione più elevato». Questa caratteristica è evidenziata, ad esempio, nelle disposizioni secondo le quali il termine per esercitare il diritto di recesso è di «almeno» 7 giorni. Ciò significava che gli Stati membri, attraverso l'adozione di

⁴² RUMI, Tiziana. Art. 47. *Esclusioni*, in D'AMICO, Giovanni (a cura di). *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. Lgs. n. 21/2014*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2015, p. 79 e 80.

⁴³ BELLELLI, Alessandra; PERUGINI, Sara. *Diritto dei consumi: Soggetti, atto, attività, enforcement*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 88.

⁴⁴ JUSTE MENCÍA, Javier. *Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho comunitario europeo (Algunas consideraciones sobre la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997)*, in *Diario La Ley*, 1997.

queste direttive minimali, potevano stabilire, a loro discrezione, un termine più lungo per il consumatore per esercitare il diritto in questione.

Negli ultimi 20 anni la società ha subito una rivoluzione tecnologica che ha influito principalmente sulla nascita e sulla diffusione dei contratti elettronici. Nel 2008, con lo scopo di adattarsi alla nuova realtà e di unificare il diritto dei consumatori in un testo unico, era stata elaborata una Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio⁴⁵, [COM (2008) 614 definitiva, Bruxelles, 8.10.2008], con la quale si sarebbero abrogate le quattro direttive minimali sui diritti del consumatore: la direttiva 85/577/CEE sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali; la direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive; la direttiva 97/7/CE sui contratti a distanza e la direttiva 99/44/CE sulle garanzie dei beni di consumo. Alla fine, la proposta di unificare queste quattro direttive non è stata approvata, e il suo oggetto iniziale è stato limitato, in virtù del Parere del 24 gennaio 2011.

In questo contesto è stata approvata la direttiva 2011/83/UE, attraverso la quale sono state abrogate le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE e si sono modificati alcuni aspetti della direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive e della direttiva 1999/44/CE sulle garanzie nella vendita di beni di consumo⁴⁶. La direttiva 2011/83/UE ha unificato parzialmente⁴⁷ il contenuto delle direttive 85/577/CEE e 97/7/CE, oltre ad aggiornare il regime giuridico dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali e

⁴⁵ GUIMARÃES, Maria Raquel. *"The Long and Winding Road": da Proposta de Directiva relativa aos direitos dos consumidores de 2008 à Directiva 2019/771 de 20 de maio de 2019 relativa a certos aspectos dos contratos de compra e venda de bens (passando pela Proposta alterada de 2017)*. Disponibile presso <https://cije.up.pt/pt/red/ultima-edicao>.

⁴⁶ FEBBRAJO, Tommaso. *Obblighi di informazione e principio di effettività dopo il recepimento della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori*, in CATERINI, Enrico; DI NELLA, Luca; FLAMINI, Antonio; MEZZASOMA, Lorenzo; POLIDORI, Stefano (a cura di). *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*. Tomo II.. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, p. 646.

⁴⁷ BRAVO, Fabio. *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE. Verso un codice europeo del consumo*. Milano: Giuffrè Editore, 2013, p. 29.

a distanza⁴⁸. Nei considerando, il legislatore comunitario chiarisce che le modifiche previste nella direttiva 2011/83/UE mirano a promuovere un mercato interno efficace, con l'equilibrio tra l'alto livello di protezione dei consumatori e di competitività delle aziende, garantendo il rispetto del principio di sussidiarietà tra le norme del diritto comunitario e le norme del diritto nazionale (considerando 4). La direttiva mira anche a sfruttare il potenziale delle vendite transfrontaliere a distanza, soprattutto attraverso *internet*, che è limitato da fattori come la discrepanza tra le leggi dei paesi membri dell'UE. In questo senso, il mezzo utilizzato per elevare il livello di tutela dei consumatori, e aumentare la certezza giuridica nei rapporti tra consumatori e professionisti (considerando 5, 6 e 7) è stato quello dell'armonizzazione massima, prevista dall'articolo 4 della direttiva 2011/83/UE, che stabilisce che: «Salvo che la presente direttiva disponga altrimenti, gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso».

Parte della dottrina europea segnala un possibile effetto di riduzione del livello di protezione dei consumatori dovuto all'implementazione delle direttive di massima armonizzazione, considerando che gli stati membri dell'UE non possono mantenere o approvare regole che proteggono il consumatore in un livello superiore alle direttive, a meno che queste non lo permettano⁴⁹. A questo proposito, Stefano Pagliantini sottolinea il paradosso tra un discorso a favore della pluralità e delle

⁴⁸ La direttiva 2011/83/UE ha modificato le direttive 93/13/CEE sulle clausole abusive e 1999/44/CE sugli aspetti della vendita e garanzie dei beni di consumo e ha abrogato le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE. Queste due ultime direttive, che trattavano rispettivamente dei contratti fuori dei locali commerciali e della protezione del consumatore nei contratti a distanza, sono state abrogate e il loro contenuto rivisto e armonizzato nella nuova direttiva del 2011.

⁴⁹ CARVALHO, Jorge Morais. *Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais- As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português*. Disponível em <https://cije.up.pt/pt/red/edicoes-antiores/venda-de-bens-de-consumo-e-fornecimento-de-conteudos-e-servicos-digitais-ndash-as-diretivas-2019771-e-2019770-e-o-seu-impacto-no-direito-portugues/>, p. 84.

differenze nei sistemi giuridici degli stati membri dell'Unione Europea e la politica di massima armonizzazione, attraverso l'egemonia di una particolare disciplina, che causerebbe un effetto di discontinuità normativa in questi paesi⁵⁰. D'altra parte, dato l'aumento delle transazioni internazionali nei rapporti di consumo, le differenze tra i sistemi giuridici degli stati membri dell'UE, derivanti da direttive minime, stavano generando limitazioni alla concorrenza nei mercati degli stati membri⁵¹, contro l'interesse generale del mercato e della categoria dei consumatori. L'attuale tendenza ad allontanarsi dal modello di armonizzazione minima caratteristico delle direttive precedenti è chiara⁵².

Nel diritto italiano, il recepimento delle direttive sui diritti dei consumatori è stata inizialmente effettuata attraverso specifiche leggi speciali o attraverso l'inclusione di norme nel Codice civile italiano stesso⁵³. Successivamente, il legislatore italiano ha scelto di organizzare la normativa sulla tutela dei consumatori in un Codice del consumo, approvato dal d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206. La direttiva 2011/83/UE è stata recepita nell'ordinamento giuridico italiano, per esempio, attraverso il decreto legislativo numero 21 del 21 febbraio 2014, che ha modificato diversi articoli del Codice del consumo italiano⁵⁴. Le norme del Codice del consumo hanno un rapporto di sussidiarietà con il Codice civile italiano, secondo l'art. 38 del Codice del consumo «per quanto non previsto dal presente codice, ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista si applicano le disposizioni del Codice civile». Inoltre, come chiarito nel paragrafo precedente, pure la Costituzione del 1948 costituisce fonte del diritto dei consumatori in Italia, anche se non vi è alcun riferimento esplicito ai diritti dei consumatori.

⁵⁰ PAGLIANTINI. *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, in *Rivista Giurisprudenza italiana*, volume 172, fascicolo 1, 2020, p. 226.

⁵¹ PONGELLI, Giacomo. *La proposta di regolamento sulla vendita nel processo di creazione del diritto privato europeo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*. Editore CEDAM: n. 10, 2012, p. 665- 678.

⁵² RUMI, Tiziana. *Art. 47. Esclusioni*, cit., p. 79.

⁵³ ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*, cit., p. 58.

⁵⁴ PIGNALOSA, Maria Pia. *Contratti a distanza e recesso del consumatore*. Milano: Giuffrè Editore, 2016, p. 1.

Nell'ordinamento giuridico spagnolo, il diritto dei consumi è stato inizialmente previsto dall'articolo 51 della Costituzione del 1978. Sulla base di questa disposizione costituzionale, nel 1984 è stata approvata la *Ley General para la Defensa de los Consumidores- LGDC* (legge 26/1984)⁵⁵. In occasione delle varie direttive comunitarie, il diritto spagnolo dei consumatori si è sviluppato anche attraverso il suo recepimento in leggi speciali sparse, che sono state poi consolidate nel *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias- TRGLDCU* (Real Decreto Legislativo 1/2007)⁵⁶, che ha abrogato la legge 26/1984. Il TRGLDCU è stato successivamente modificato da altre leggi, come la ley 3/2014, di recepimento della direttiva 2011/83/UE⁵⁷. Inoltre, il Codice civile spagnolo è anche una fonte sussidiaria del diritto dei consumatori, il cui articolo 1 considera le fonti del diritto: «*la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*».

In Brasile, come indicato nel paragrafo precedente, il diritto dei consumatori è stato inizialmente previsto nella Costituzione federale del 1988. L'art. 48 dell'Atto delle Disposizioni Finali e Transitorie della Costituzione ha stabilito che «il Congresso Nazionale deve, entro 120 giorni dalla promulgazione della Costituzione, elaborare un Codice di difesa del consumatore». L'11 settembre 1990,

⁵⁵ Oggi riformulata, con l'approvazione del regio decreto legislativo 1/2007, nel *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias-TRLGDCU*.

⁵⁶ Ai sensi del LGDCU, «*se integran en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias las normas de transposición de las directivas comunitarias que, dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, inciden en los aspectos contractuales regulados en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*».

⁵⁷ LASARTE, Carlos. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 11 edición. Madrid: Editorial Dykinson, 2019, p. 35-56; BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra. *Comentario de urgencia a la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, in *Diario La Ley*, n. 8301, 2014; BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra. *El nuevo texto refundido de consumidores y usuarios*, in *Diario La Ley*, n. 6990, 2008; PINO ABAD, Manuel; SERRANO CAÑAS, José Manuel. *La incorporación de la Directiva 2011/83/UE al Derecho español y su incidencia en la regulación de los Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles*, in *Diario La Ley*, n. 8424, 2014.

dopo un processo legislativo, il progetto elaborato dalla commissione del CNDC è stato approvato con la legge n. 8078, che ha creato il Codice di difesa del consumatore brasiliano, contemplando un'ampia gamma di precetti giuridici volti a proteggere i consumatori, al fine di garantire la qualità dei prodotti e dei servizi, la regolamentazione nella formazione del contratto, dell'offerta e della pubblicità, il divieto di pratiche abusive e la protezione durante la conclusione del contratto, o anche dopo la sua conclusione, al fine di garantire l'equilibrio contrattuale. Oltre alla Costituzione Federale e al Codice di difesa del consumatore, la fonte del diritto brasiliano del consumo è anche la legislazione interna ordinaria, come il Codice civile del 2002 (legge n. 10406 del 10 gennaio 2002), i trattati e le convenzioni internazionali di cui il Brasile è firmatario, i regolamenti delle autorità amministrative, oltre ai «principi generali del diritto, l'analogia, le consuetudini e l'equità» (art. 7 del CDC). In America Latina, il diritto brasiliano ha assunto una posizione di primo piano nell'approvazione del Codice di difesa del consumatore, che ha influenzato positivamente lo sviluppo della disciplina in altri paesi della regione, soprattutto dopo il Trattato di Asuncion firmato nel 1991, che ha istituito il Mercosur⁵⁸.

Il diritto dei consumatori, a differenza del diritto civile tradizionale, è una disciplina settoriale ed è più suscettibile ai cambiamenti economici e sociali. Nel frattempo, la trasformazione economica e sociale determinata dalla rivoluzione tecnologica, che ha permesso la diffusione dei computer e la loro connessione attraverso *internet*, ha diffuso una nuova modalità di contrattazione a distanza, attraverso il commercio elettronico. La rivoluzione tecnologica è stata un fenomeno globale, dato che *internet* è una rete mondiale, relativizzando lo spazio e il tempo, e ha determinato, nello stesso modo in cui è avvenuto nell'Unione Europea, la

⁵⁸ In Argentina, la Legge n. 24.240, di «*Defensa del Consumidor*» è stata promulgata nel 1993; in Paraguay la legge n. 1334, «*de Defensa del Consumidor y del Usuario*», è stata promulgata nel 1998 e, più tardi, in Uruguay, negli anni 2000, è stata pubblicata la legge n. 17.250, di «*defensa del consumidor*».

necessità di aggiornare e adattare il diritto brasiliano alla nuova realtà dei contratti elettronici nei rapporti di consumo, stipulati a distanza.

Per questo motivo, nel 2011 è stata creata una commissione, coordinata dal Ministro Superiore della Corte di Giustizia Antônio Herman Benjamin, con lo scopo di proporre un aggiornamento delle disposizioni del Codice di difesa del consumatore. La commissione nominata ha elaborato tre proposte di modifica del CDC, consolidate attraverso i disegni di legge del Senato federale⁵⁹. Il disegno di legge n. 281, del 2012, tratta specificamente il tema del commercio elettronico. Il Disegno, se approvato, aggiungerà al CDC la sezione VII al capitolo V, designata «Do Comércio Eletrônico». Nel 2013, nel tentativo di evitare la non protezione del consumatore durante il periodo in cui il disegno di legge n. 281/2012 era in fase di elaborazione, è stato pubblicato il decreto n. 7.962, che regola la CDC sul commercio elettronico⁶⁰. Il disegno di legge 281/2012 è stato approvato dal Senato⁶¹, e oggi è in elaborazione con il n. 3514/2015, e si trova nella Giunta della Camera dei deputati.

Come si può osservare, ci sono numerose fonti che compongono ogni ordinamento giuridico nazionale, anche quando si tratta del circoscritto tema del diritto dei consumatori. Anche se il movimento per creare leggi di protezione dei consumatori ha avuto luogo dopo l'opera «L'età della decodificazione», di Natalino Irti, la creazione di leggi speciali di protezione dei consumatori fa anche parte del fenomeno descritto dall'autore, del fiorire e moltiplicarsi di leggi speciali, la cui esistenza parallela ai codici civili, «svuotano di contenuto la disciplina

⁵⁹ MENKE, Fabiano. *Apontamentos sobre o comércio eletrônico no direito brasileiro*, in COELHO, Fábio Ulhoa. *Questões de direito comercial no Brasil e em Portugal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 357.

⁶⁰ Sul decreto in questione si rinvia MIRAGEM, Bruno. *Aspectos característicos da disciplina do comércio eletrônico de consumo: comentários ao Dec. 7.962, de 15.03.2013*, in *Revista de Direito do Consumidor*, ano n. 86. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 287-299.

⁶¹ Per saperne di più sulla creazione e l'elaborazione del disegno di legge n. 281/2012, AZEVEDO, Fernando Costa de; KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Considerações sobre a proteção dos consumidores no comércio eletrônico e o atual processo de atualização do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RDC 85, 2013, p. 232 e seguenti.

codificata»⁶², costituendo sistemi con «una logica propria ed autonoma»⁶³. Il tema delle fonti del diritto acquista un'importanza e una complessità speciale dopo l'età della decodificazione.

Nell'occasione della costituzionalizzazione e della decodificazione del diritto privato, l'unità dei sistemi giuridici nazionali dipende dall'interpretazione teleologica e sistematica di una pluralità di fonti del diritto dei consumatori, contenute nella Costituzione, nel Codice civile e nelle leggi speciali. Oltre alle fonti, comuni ai diversi ordinamenti giuridici nazionali, si deve tener conto dei trattati internazionali e, nei paesi membri dell'Unione Europea, le fonti derivanti dal diritto comunitario, che meritano un'attenzione speciale in questo lavoro a causa della loro particolare importanza per lo sviluppo del diritto dei consumatori negli ultimi decenni.

Il movimento del diritto dei consumatori è stato, inoltre, una conseguenza e un motore per l'affermazione dei diritti sociali nel XX secolo, con il passaggio da uno stato liberale a uno stato sociale di diritto, attraverso il quale si è finalmente concretizzato il motto della fraternità idealizzato nella Rivoluzione francese. Con il passaggio allo Stato sociale di diritto, si supera l'uguaglianza formale, attraverso il riconoscimento della rilevanza giuridica delle disuguaglianze economiche e sociali, così come la necessità di regolamentazione, mediante l'introduzione di norme giuridiche a favore delle persone socialmente vulnerabili.

Nello Stato sociale viene reintrodotta l'idea di diversi *status* o posizioni giuridiche delle persone come soggetti di diritto (datori di lavoro e lavoratori; professionisti e consumatori), con lo scopo di proteggere i soggetti socialmente vulnerabili. Il diritto dei consumatori è una delle aree in cui il paradigma tradizionale del diritto è stato modificato, incorporando la necessità di una regolamentazione statale del mercato, nelle aree che coinvolgono questioni di ordine pubblico e di interesse per l'intera società. Il contratto ha acquisito una

⁶² IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè Editore, 1999, p. 39.

⁶³ IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*, cit., p. 47.

funzione sociale. Secondo Lorenzo Mezzasoma, pur relativizzando l'applicazione di vari principi classici del diritto, le normative dei consumatori agiscono secondo i principi costituzionali⁶⁴, che sono più adatti alla nuova realtà contrattuale tra professionisti e consumatori. Nel campo del diritto dei consumatori, l'Unione Europea è stata un organo essenziale e una forza trainante per la diffusione di leggi di protezione nei suoi paesi membri.

Più recentemente, lo sviluppo delle nuove tecnologie dell'informazione ha determinato successive trasformazioni nella dinamica di contrattazione della società. Questi cambiamenti hanno origine con l'emergere dell'*informatica*, e del graduale sviluppo di ciò che ora conosciamo come *internet*. Le alterazioni e le mutazioni nei rapporti tra gli individui sono state inevitabilmente seguite da chi si occupa di diritto, come necessità di tutelare le nuove situazioni giuridicamente rilevanti derivanti dall'avanzamento della tecnologia, prima inimmaginabili. La contrattazione di consumo, attraverso *internet*, e le sue caratteristiche particolari, hanno imposto nuove sfide alla legislazione sulla tutela dei consumatori.

3. Il consumatore come soggetto di diritto

La nozione di consumatore non è unitaria e a volte, anche all'interno di un dato ordinamento giuridico, può assumere caratteristiche diverse, a seconda del campo di applicazione del diritto dei consumatori. La definizione di consumatore di prodotti difettosi, per esempio, è ampia e include non solo l'acquirente o l'utente diretto di prodotti o servizi, ma anche la tutela dei consumatori indiretti, semplici utenti di prodotti potenzialmente difettosi⁶⁵. Nel contratto di vendita, per esempio,

⁶⁴ MEZZASOMA, Lorenzo. *Novità del diritto contrattuale in Italia e tutela del contraente debole*, in *Le Corti Umbre*, n. 3/2014. Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 924.

⁶⁵ DÍAZ ALABART, Silvia; ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa. *Art. 2. Definiciones*, in DÍAZ ALABART, Silvia (dir); ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa (coord). *Contratos a distancia y*

il consumatore è generalmente qualificato come un acquirente, mentre nella prestazione di servizi, è considerato un utente. Tuttavia, la definizione dei soggetti coinvolti nella contrattazione ha un ruolo fondamentale nel determinare se il rapporto sarà regolato dalle norme tradizionali contenute nei Codici civili o dalle norme protettive del diritto dei consumatori.

La direttiva 2011/83/UE, sui diritti dei consumatori, definisce il consumatore, nel suo art. 2, n.1, come: «qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale». Il concetto di consumatore espresso dal legislatore comunitario nella direttiva 2011/83/UE è ristretto e, nelle parole di Raffaele Torno, minimale⁶⁶, limitando lo *status* di consumatore alle sole persone fisiche. Inoltre, questa è una definizione in negativo, nel senso che queste persone fisiche, per essere protette dalle leggi di protezione dei consumatori, non possono agire nell'ambito delle loro attività industriali, artigianali o professionali⁶⁷.

Nel considerando 13 della direttiva 2011/83/UE si sottolinea che, in sede di recepimento da parte degli Stati membri dell'Unione Europea, essi possono decidere di: «estendere l'applicazione delle norme della presente direttiva alle persone giuridiche o alle persone fisiche che non sono consumatori ai sensi della presente direttiva, quali le organizzazioni non governative, le start-up o le piccole e medie imprese». Così, anche se la direttiva 2011/83/UE non include le persone giuridiche nella sua nozione di consumatore, in virtù delle disposizioni del considerando 13, tale nozione può, all'interno di ciascun ordinamento giuridico

contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU). Madrid: Editorial Reus, 2014, p. 25.

⁶⁶ TORINO, Raffaele. *I contratti dei consumatori nella prospettiva europea*, in ALPA, Guido (a cura di). *I contratti del consumatore*. Milano: Giuffrè Editore, 2014, p. 73.

⁶⁷ TORINO, Raffaele. *I contratti dei consumatori nella prospettiva europea*, cit., p. 74: «La definizione è inoltre orientata in senso negativo, poiché indica ciò che l'individuo non deve fare (*rectius* lo scopo, l'uso a cui l'individuo non deve destinare il bene o il servizio acquisito) per potere essere considerato consumatore da tutelare».

nazionale, essere ampliata o mantenuta, al fine di estendere la tutela delle norme del diritto dei consumatori oltre le persone fisiche.

La qualifica di uno dei soggetti come consumatore diventa più complessa quando si tratta di rapporti il cui contratto ha un doppio scopo, cioè quelli in cui il bene o il servizio viene utilizzato dal soggetto sia per scopi personali che professionali. La direttiva 2011/83/UE adotta, in questi casi, il criterio della predominanza, secondo il quale i contratti con scopi misti possono essere soggetti alla normativa consumeristica, a patto che lo scopo dell'uso personale sia predominante (considerando 17).

Il Codice del consumo italiano, nel suo art. 3, definisce come consumatore o utente: «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta». Il termine «utente» si riferisce al consumatore *lato sensu*, di servizi⁶⁸. Nonostante i dibattiti nella dottrina e nella giurisprudenza italiana sulla possibilità di inquadrare nella categoria dei consumatori i soggetti che non siano persone fisiche, che si trovano in una situazione di vulnerabilità, oggi è pacifico che la scelta del legislatore italiano è stata quella di limitare la definizione di consumatore alle sole persone fisiche⁶⁹. Nello stesso senso, Lorenzo Mezzasoma spiega che, sebbene il concetto di vulnerabilità sia relativo, «valutato prendendo in considerazione la differenza di forza» tra le parti contraenti, il Codice del consumo italiano è chiaro nel riconoscere la condizione di consumatore soltanto alle persone fisiche⁷⁰.

L'ordinamento giuridico spagnolo, diversamente, esprime una definizione di consumatore più ampia di quello italiano. Secondo l'art. 3 del TRLGDCU, i

⁶⁸ In Italia, per mezzo del d. l. 30 luglio 1998, n. 281 è stata consolidata la nozione di utente. MEZZASOMA, Lorenzo. *Il consumatore e il professionista*, in RECINTO, Giuseppe; MEZZASOMA, Lorenzo; CHERTI, Stefano. *Diritti e tutele dei consumatori*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 26.

⁶⁹ ROSSI CARLEO, Liliana. *I soggetti*, in ROSSI CARLEO, Liliana (a cura di). *Diritto dei consumi: Soggetti, atto, attività, enforcement*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 40 e 41: «la chiarezza con la quale il legislatore fa riferimento alla "persona fisica" determina la impossibilità di considerare "consumatore" soggetti di diritto che non siano persone fisiche».

⁷⁰ MEZZASOMA, Lorenzo. *Il consumatore e il professionista*, cit., p. 23.

consumatori o utenti sono, oltre alla persona fisica che agisce per uno scopo non legato alla sua attività commerciale, imprenditoriale o professionale, anche: «*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*». Così, sono considerate consumatori, oltre alle persone fisiche, le persone giuridiche, o anche le entità senza personalità giuridica, purché agiscano al di fuori della loro attività professionale o commerciale, cioè, come destinatario finale di beni o servizi⁷¹. Nelle parole di Agustín Luna Serrano, «*la ampliación del concepto de consumidor a las personas jurídicas que lleva a cabo el derecho español parece perfectamente justificada, en cuanto que tales personas pueden encontrarse en las relaciones contractuales que establecen con terceros profesionales o empresarios en una situación de inferioridad o debilidad*»⁷².

Nel diritto brasiliano, l'art. 2 del Codice di difesa del consumatore definisce il consumatore come: «ogni persona fisica o giuridica che acquista o utilizza un prodotto o un servizio come destinatario finale». Cioè, il CDC considera come consumatore non solo chi utilizza servizi o acquista prodotti come destinatario finale, ma anche il semplice utente dei prodotti, cioè colui che utilizza il prodotto anche se non lo ha acquistato. Nel primo comma, il legislatore equipara ai consumatori «la collettività di persone, anche se indeterminabili, che sono intervenuti nei rapporti di consumo»⁷³. Cioè, mentre il primo comma dell'art. 2 del

⁷¹ LLAMAS POMBO, Eugenio. *La Compraventa*. Madrid: La Ley, 2014, p. 779; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Artículo 3. Concepto de consumidor y usuario*, in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Editorial Aranzadi S/A, 2015.

⁷² LUNA SERRANO, Agustín. *La protección del contratante débil (con algunas precisiones de diferenciación entre los derechos español e italiano)*, in CATERINI, Enrico; DI NELLA, Luca; FLAMINI, Antonio; MEZZASOMA, Lorenzo; POLIDORI, Stefano (a cura di). *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*. Tomo II. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, p. 1111.

⁷³ Art. 2 CDC brasiliano «*Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo*».

CDC stabilisce una definizione *standard* di consumatore, il secondo comma stabilisce la sua equivalenza, nelle situazioni «per permettere l'applicazione della tutela protettiva del CDC a favore della collettività, delle vittime di un incidente di consumo, o di un contraente vulnerabile, esposto al potere e all'azione abusiva del partner commerciale più forte»⁷⁴.

La definizione di consumatore nelle disposizioni dell'art. 2 del CDC, ha diviso la dottrina brasiliana principalmente tra le correnti finalistica e massimalista, con alcune varianti. La discussione riguarda principalmente la possibilità di una persona giuridica essere considerata un consumatore, e il significato dell'espressione acquisire o utilizzare un prodotto o un servizio come «destinatario finale». Secondo la teoria massimalista, l'espressione «destinatario finale» deve essere interpretata in modo ampio. Da questo punto di vista, la disciplina del diritto dei consumi mira non tanto a proteggere i consumatori non professionisti, come soggetti socialmente deboli, ma a proteggerli come acquirenti di prodotti, come agenti economici del mercato nel suo insieme⁷⁵. Cioè, le aziende che acquistano beni nel mercato al dettaglio sono considerate come consumatori, così come lo studio legale che acquista computer per le sue attività professionali, o l'agricoltore che acquista fertilizzante per piantare⁷⁶. In sintesi, secondo la teoria massimalista, gli imprenditori che acquistano beni nel mercato al dettaglio sarebbero anche inclusi nella categoria dei consumatori.

Secondo la teoria finalistica, invece, il concetto di consumatore deve essere interpretato in modo restrittivo. La teoria finalistica ha le sue varianti, da cui emergono filoni meno o più flessibili. Secondo un filone meno flessibile della teoria finalistica, difeso da José Geraldo Brito Filomeno, ciò che caratterizza il diritto del

⁷⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 143- 144: «de modo para permitir a aplicação da tutela protetiva do CDC em favor da coletividade, das vítimas de um acidente de consumo, ou de um contratante vulnerável, exposto ao poder e à atuação abusiva do parceiro negocial mais forte».

⁷⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 308.

⁷⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do Consumidor*, cit., p. 143 e 158.

consumatore è la sua condizione di soggetto socialmente vulnerabile, che si traduce nella sua conclusione che solo le persone giuridiche senza scopo di lucro si adattano al concetto di consumatore poiché, a suo parere, il concetto di consumatore è inseparabile dall'aspetto di fragilità⁷⁷.

Secondo un filone più flessibile della teoria finalistica, è possibile, eccezionalmente, che una persona giuridica a scopo di lucro sia considerata un consumatore, a patto che si trovi in una situazione di vulnerabilità rispetto alla controparte⁷⁸. Cioè, dal punto di vista di questa teoria, anche se l'acquirente è il destinatario finale del bene acquistato, il suo stato o condizione di persona giuridica a scopo di lucro, esclude la sua qualificazione come consumatore, ai sensi della legge, a causa dell'assenza del requisito della debolezza. D'altra parte, in questi casi,

⁷⁷ BRITO FILOMENO, José Geraldo. *Art. 2. Introdução*, in PELLEGRINI GRINOVER, Ada; HERMAN DE V. E BENJAMIN, Antônio; FINK, Daniel Roberto; BRITO FILOMENO, José Geraldo; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 12ª edizione. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA., 2019, p. 28: «Entendemos, contudo, mais racional que sejam consideradas aqui as pessoas jurídicas equiparadas aos consumidores vulneráveis, ou seja, as que não tenham fins lucrativos, mesmo porque, insista-se, a conceituação é indissociável do aspecto da mencionada fragilidade».

⁷⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, cit., p. 417: «A interpretação finalista, que defendo, tem sua base na vulnerabilidade (presumida ou comprovada) do sujeito de direitos tutelado e restringe conscientemente a figura do consumidor stricto sensu àquele que adquire um produto para uso próprio e de sua família e permite a equiparação dos arts. 17 e 29 do CDC somente com base em prova da equiparação. Consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. O sistema do CDC, em minha opinião, foi construído para o fim especial de proteger vulneráveis, os diferentes, os mais fracos, e a sua origem constitucional deve ser o guia de sua interpretação: um direito do consumidor efetivo, que concretize direitos humanos, direitos fundamentais, direitos subjetivos para o mais fraco que mereceu receber esta tutela especial constitucional, o consumidor pessoa física. Nas relações intercomerciantes, o direito do consumidor serve apenas de orientação da conduta profissional, limite à própria liberdade de iniciativa e autonomia privada»; MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do Consumidor*, cit., p. 147: «Nosso entendimento é de que consumidor é pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final fático e econômico, isto é, sem reempregá-lo no mercado de consumo com o objetivo de lucro. Admite-se, todavia, em caráter excepcional, que agentes econômicos de pequeno porte, quando comprovadamente vulneráveis, e que não tenham o dever de conhecimento sobre as características de um determinado produto ou serviço, ou sobre as consequências de uma determinada constatação, possam ser considerados consumidores para efeito de aplicação das normas do CDC».

soltanto quando si dimostra che, nonostante sia una società commerciale, la persona giuridica si trova in una situazione di vulnerabilità, può essere considerata un consumatore. Così, se una persona giuridica a scopo di lucro acquisisce beni di investimento, o per il loro utilizzo come ingresso, non può godere della protezione del CDC⁷⁹; d'altra parte, se questa persona giuridica a scopo di lucro acquisisce beni che non sono utilizzati direttamente per lo sviluppo della sua attività economica, può eventualmente godere della protezione delle norme del CDC. La teoria finalistica è adottata dalla maggioranza della dottrina e della giurisprudenza brasiliana.

Indipendentemente dal criterio adottato da ognuno di questi ordinamenti giuridici per definire chi è il consumatore, il suo concetto sarà sempre legato e contrapposto a quello di professionista, perché le norme di tutela del consumatore si applicano ai rapporti tra diseguali, al fine di proteggere il contraente più debole. Così, i concetti di consumatore e professionista sono complementari, poiché la relazione di consumo presuppone la presenza di entrambi⁸⁰. È necessario, pertanto, per la caratterizzazione del contratto di consumo, la presenza di diversi condizioni o *status* soggettivi giuridicamente rilevanti⁸¹ tra i contraenti, cioè i contratti B2C (*business to consumer*). Per questo motivo, non sono considerati contratti di consumo quelli conclusi tra due professionisti (B2B- *business to business*), né tra due consumatori (C2C- *consumer to consumer*).

Guido Alpa sottolinea che la definizione di consumatore si basa sull'atto, piuttosto che sullo *status* permanente di consumatore⁸². Questo perché la

⁷⁹ SANDRONI, Paulo. *Novo Dicionário de Economia*. São Paulo: Editora Best Seller, 1994, p. 71: «*Há também o consumo no interior das empresas-especialmente nas fábricas- que utilizam insumos ou bens provenientes de outras unidades produtivas (consumo produtivo)*».

⁸⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do Consumidor*, cit., p. 144: «*São considerados conceitos relacionais e dependentes. Só existirá um consumidor se também existir um fornecedor, bem como um produto ou serviço. Os conceitos em questão não se sustentam em si mesmos, nem podem ser tomados isoladamente*».

⁸¹ BRAVO, Fabio. *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE. Verso un codice europeo del consumo*, cit., p. 52.

⁸² ALPA, Guido. *Introduzione*, cit., p. 18.

caratteristica di consumatore che ricade sul soggetto non è statica, dato che questo individuo, a seconda dell'ambito in cui agisce, può essere considerato come consumatore o meno. Questo è uno *status* di soggettività variabile⁸³. Parte della dottrina, per questo motivo, non considera la posizione di consumatore uno *status* giuridico, perché è una condizione liquida e mutevole. Pietro Perlingieri sottolinea che, a differenza dello *status* permanente di persona e cittadino, la posizione di consumatore è «una condizione legata alle circostanze concrete e alle effettive modalità di contrattazione»⁸⁴. Per quanto riguarda questo punto, Lorenzo Mezzasoma spiega che un soggetto può essere considerato, di fronte allo stesso oggetto e alla stessa controparte, sia un consumatore che un professionista, a seconda dello scopo perseguito nel negozio giuridico⁸⁵.

4. Il professionista come soggetto di diritto

Nella legislazione attuale, come persona distinta dal «soggetto unico universale»⁸⁶, il commerciante di allora è stato identificato come il professionista o il fornitore che rivende prodotti o fornisce servizi al consumatore. All'epoca delle codificazioni, la categoria di soggetto di diritto era divisa nelle sue principali suddivisioni: a) da un lato, la contrapposizione tra persone fisiche e persone giuridiche; b) dall'altro, la contrapposizione tra commercianti e non commercianti. Nel 2002, sotto l'influenza del diritto italiano (si veda l'art. 2082 del c.c.), il Codice

⁸³ DELFINI, Francesco. *Forma digitale, contratto e commercio elettronico*. Milano: Utet Giuridica, 2020, p. 9.

⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, cit., p. 18.

⁸⁵ MEZZASOMA, Lorenzo. *Il consumatore e il professionista*, cit., p. 18.

⁸⁶ Espressione utilizzata da VINCENTI, Umberto. *Diritto senza identità*. Lecce: Editori Laterza, 2007, p. 33: «l'articolazione delle personae in status diversi, sul piano normativo e sociale, non è scomparsa e anzi, si è rafforzata nel dopoguerra, obliterando l'aspirazione illuministica alla generalizzazione del cosiddetto "soggetto unico universale", che postula l'attribuzione della medesima capacità giuridica a qualsiasi uomo».

civile brasiliano ha unificato il diritto privato, momento in cui la categoria di commerciante è stata sostituita dalla categoria più ampia di imprenditore, definito nell'art. 966 come colui che «esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi».

Nell'epoca della decodificazione del diritto privato, con l'affermazione dei diritti sociali, gli *status* di protezione sociale sono stati implementati nella legislazione speciale, a partire da almeno due nuove categorie di persone: lavoratori e consumatori. Lo *status* di professionista, come quello di consumatore, è relazionale, perché il suo concetto non è autonomo o indipendente, ma definito sempre a causa della sua opposizione alla condizione o *status* di consumatore. Nel Codice di difesa del consumatore brasiliano, in contrapposizione alla categoria di consumatore, è stata introdotta quella di «fornitore», definito, ai sensi dell'art.3, come «qualsiasi persona fisica o giuridica, pubblica o privata, nazionale o straniera, così come le entità non costituite in società, impegnata nella produzione, assemblaggio, creazione, costruzione, trasformazione, importazione, esportazione, distribuzione o vendita di prodotti o fornitura di servizi».

Nel diritto europeo, l'art. 2 della direttiva 2011/83/UE ha scelto di identificare il fornitore come un «professionista», definito come «qualsiasi persona fisica o giuridica che, indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto pubblico o privato, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale nei contratti oggetto della presente direttiva, anche tramite qualsiasi altra persona che agisca in suo nome o per suo conto». L'art. 3, comma 1, lett. c, del Codice del consumo italiano, considera il professionista, «la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario». Nell'ordinamento giuridico spagnolo, invece, il *partner* contrattuale del consumatore è denominato «*empresario*», e si trova nell'art. 4 del TRLGDCU: «*toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o*

profesión»⁸⁷. Confrontando, quindi, il contenuto delle norme contenute nei diversi sistemi giuridici, c'è un'identità tra i concetti di «professionista» nel diritto italiano, di «*empresario*» nel diritto spagnolo e di «*fornecedor*» nel diritto brasiliano.

Gli studiosi di diritto brasiliani stanno discutendo se il concetto di «fornitore» presupponga o meno l'abitudine dell'attività svolta, cioè se un fornitore possa essere considerato la persona che, in modo occasionale, vende beni o fornisce servizi. Secondo Claudia Lima Marques, l'espressione «attività» nell'articolo 3, indicherebbe una certa abitudine nella prestazione di servizi⁸⁸. Nello stesso senso, Bruno Miragem fa notare che, sebbene il corpo dell'art. 3 non contenga il requisito della professionalità del fornitore, la terminologia stessa «fornire», indica l'esercizio abituale della condotta di «produzione, assemblaggio, creazione, costruzione, trasformazione, importazione, esportazione, distribuzione o commercializzazione di prodotti o prestazione di servizi», per cui, nelle parole dell'autore, «la professionalità configura un requisito del concetto di fornitore»⁸⁹. Pertanto, secondo il diritto brasiliano, il concetto di fornitore previsto del CDC coincide con il concetto di imprenditore previsto dall'articolo 966 del Codice civile brasiliano⁹⁰. In questo contesto, secondo Lorenzo Mezzasoma, la definizione di professionista «è volta a ricomprendere qualunque soggetto che svolga una attività professionale che sia però caratterizzata dal requisito della stabilità»⁹¹.

⁸⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Artículo 4. Concepto de empresario*, in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Editorial Aranzadi S/A, 2015; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *El "nuevo" concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU*, in *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 9/2014.

⁸⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, cit., p. 420.

⁸⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do Consumidor*, cit., p. 165-166.

⁹⁰ Art. 966 Codice civile brasiliano: «*Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*».

⁹¹ MEZZASOMA, Lorenzo. *Il consumatore e il professionista*, cit., p. 29.

5. Il diritto contrattuale nei rapporti con i consumatori e la nuova teoria contrattuale

La presente tesi ha come protagonista la figura del contratto, più precisamente, la compravendita di consumo effettuata per mezzo elettronico. Il contratto nel rapporto di consumo è il negozio giuridico attraverso il quale il professionista trasferisce al consumatore, come destinatario finale della catena di produzione, prodotti e servizi. Il Codice civile brasiliano regola nella sua parte generale la categoria del negozio giuridico e, come fonte principale nel diritto delle obbligazioni, il contratto, che è il tipo più frequente di negozio giuridico, e lo strumento giuridico più importante dell'economia⁹² e della vita in società. Il Codice civile attuale non definisce le categorie del negozio giuridico e del contratto, ma, diversamente, l'art. 81 del Codice civile del 1916 stabiliva che «ogni atto lecito che ha lo scopo immediato di acquistare, proteggere, trasferire, modificare o estinguere diritti si denomina atto giuridico»⁹³. Il Codice civile spagnolo, come quello brasiliano, non ha una definizione di contratto, ma quello italiano lo definisce come «l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale» (art. 1321 Codice civile italiano).

Nella dottrina, il negozio giuridico è definito semplicemente come una dichiarazione di volontà finalizzata a produrre effetti giuridici, o, come spiega Fernando Noronha, i negozi giuridici sono «impegni assunti volontariamente dalle persone, con lo scopo di regolare i loro interessi, nell'esercizio e nei limiti della loro rispettiva autonomia privata»⁹⁴. Il contratto, a sua volta, è una specie di negozio

⁹² NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. Vol. 1. São Paulo: editora Saraiva, 2003, p. 398-404.

⁹³ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: editora Saraiva, 2002, p. 1-22. Si veda anche NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*, cit., p. 391-420: «O negócio jurídico é precisamente o instrumento legal posto à disposição dos particulares para comporem os seus interesses, nas suas relações com outras pessoas», «são negócios jurídicos todos os contratos e ainda, embora de importância muito menor, os chamados negócios unilaterais».

⁹⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. Vol. 1, cit., p. 419.

giuridico, un accordo bilaterale o plurilaterale di volontà volto a produrre effetti giuridici, cioè, nelle parole di Luis Díez-Picazo come «*conjunción de los consentimientos de dos o más personas con la finalidad de ser fuente de obligaciones entre ellas*» e, in senso stretto, nella prospettiva del contratto come negozio giuridico patrimoniale bilaterale, il contratto come categoria giuridica unitaria si concentra esclusivamente sui rapporti giuridici di carattere patrimoniale⁹⁵. Come accenna Vincenzo Roppo, il contratto è la «necessaria veste legale delle operazioni economiche»⁹⁶.

Il contratto è anche una fonte di diritto soggettivo delle obbligazioni⁹⁷, accanto alla responsabilità civile e all'arricchimento senza causa⁹⁸. È in questo contesto che la figura del contratto emerge come fonte delle obbligazioni nei rapporti di consumo, in modo che, nelle parole di Vincenzo Roppo, «il codice del consumo è, essenzialmente, codice dei contratti del consumatore»⁹⁹. Nell'era della decodificazione del diritto privato, del superamento del principio di uguaglianza formale, in nome della protezione del consumatore nei rapporti di consumo, la disciplina dei diritti sociali del consumatore include un regime di protezione

⁹⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Sistema de derecho civil. El contrato en general. La relación obligatoria*. Vol. II (tomo 1). Undécima edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2016, p. 19.

⁹⁶ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto del duemila*. 3ª edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011, p. 49. Si veda anche MARIGHETTO, Andrea. *O Acesso ao Contrato: Sentido e Extensão da Função Social do Contrato*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2012, p. 74: «*A função social assume o papel de garantir a movimentação da riqueza e a realização de interesses das partes, delimitando e até restringindo o conceito de autonomia privada*».

⁹⁷ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Ceura, 1983, p. 209-211: «*Cuando aludimos a las fuentes del Derecho tomamos en consideración las normas, el Derecho objetivamente entendido. En cambio, cuando nos referimos a las fuentes de las obligaciones, hacemos objeto de consideración directa cierta clase de deberes jurídicos y derechos subjetivos*».

⁹⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. Vol. 1, cit., p. 417. Inoltre, secondo l'autore: «*Mesmo que o crédito seja essencialmente um direito de finalidade egoística, por estar voltado para a satisfação do interesse do credor, a verdade é que ele, como qualquer outro direito, também é concedido pelo ordenamento jurídico aos particulares tendo em vista a realização de finalidades sociais (art. 5 da Lei de Introdução ao Código Civil). Por isso também está sujeito a controle, do ponto de vista do interesse geral*».

⁹⁹ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto del duemila*, cit., p. 94.

contrattuale che ha come oggetto sia la prestazione di servizi che la fornitura di prodotti.

Nel XX secolo, il diritto dei codici ha subito profonde trasformazioni, sotto l'influenza della massificazione sociale e l'emergere di nuove tecnologie, che si riflettono sia sul contenuto che sulla forma di contrattazione¹⁰⁰. La società di massa ha avuto un impatto sull'emergere di contratti seriali per adesione, che permettono la contrattazione su larga scala, riducendo i costi di transazione. L'avvento delle nuove tecnologie, a sua volta, si è riflesso nell'emergere dei contratti elettronici nei rapporti di consumo. Il commercio elettronico ha ulteriormente accentuato la velocità delle transazioni commerciali, e la contrattazione seriale, che generano questioni come il declino dell'autonomia della volontà e la possibilità di una vera negoziazione tra le parti al momento della formazione del contratto.

Oggi, il diritto contrattuale codificato è governato da tre principi fondamentali, l'autonomia privata, la buona fede e la giustizia contrattuale¹⁰¹. Secondo Clóvis Couto e Silva, l'autonomia privata è la «*facultas*» o «possibilità, anche se non illimitata, che i privati hanno di risolvere i loro conflitti di interesse, creare associazioni, scambiare beni e, infine, dare impulso alla vita in società»¹⁰². Nell'epoca della codificazione, il diritto contrattuale era quasi esclusivamente regolato dal principio dell'autonomia della volontà, e dai principi da esso derivati, del *pacta sunt servanda* e dell'efficacia relativa dei contratti. Secondo Luis Díez-Picazo, l'idea di contratto e il riconoscimento dell'autonomia privata «*encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto a la dignidad que la*

¹⁰⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado*. Madrid: Cuaderno Civitas, 1979.

¹⁰¹ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*, cit., p. 115: «*no âmbito das obrigações negociais, atualmente nega-se que a vontade desempenhe papel exclusivo porque, a par do princípio da autonomia privada, há que atender aos princípios da boa-fé e da justiça (ou do equilíbrio) contratual*».

¹⁰² COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 17.

persona es debida»¹⁰³. In questo senso Cesare Massimo Bianca spiega che l'autonomia privata «rappresenta ancora un aspetto ineliminabile della libertà della persona, e cioè la libertà negoziale» ma che, tuttavia, l'idea che sia l'unico principio che regola i contratti non è più compatibile con i valori della società attuale¹⁰⁴. Come risultato del passaggio dallo stato liberale allo stato sociale di diritto, in nome del principio di solidarietà sociale, nel diritto contrattuale il principio di autonomia privata è stato limitato dai principi di buona fede e di giustizia contrattuale, che «si delimitano reciprocamente», coesistono tra sé in un «rapporto di permanente tensione»¹⁰⁵.

In nome del principio costituzionale di solidarietà, l'art. 421 del Codice civile brasiliano prevede che «la libertà contrattuale sarà esercitata nei limiti della funzione sociale del contratto». Questo perché, come sottolinea Fernando Noronha, anche se lo scopo del contratto è essenzialmente quello di soddisfare gli interessi del creditore, questo istituto «è concesso dall'ordinamento giuridico anche ai privati per raggiungere obiettivi sociali»¹⁰⁶. In altre parole, come afferma Andrea Marighetto, di fatto il concetto di «funzione» è sempre stato legato all'idea stessa di

¹⁰³ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial I. Introducción teoría del contrato*. Sexta edición. Pamplona: Registradores de España, 2007: «La idea de contrato y de obligatoriedad del contrato encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto a la dignidad que la persona es debida. Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que la doctrina denomina autonomía privada o autonomía de la voluntad».

¹⁰⁴ BIANCA, Cesare Massimo. *Il contratto. Diritto Civile*. Terza edizione. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, p. 21-24: «Oltre come potere di decidere della propria sfera giuridica personale e patrimoniale, l'autonomia privata deve essere vista come un diritto di libertà, e quindi come un diritto fondamentale della persona»; «L'autonomia privata rappresenta ancora un aspetto ineliminabile della libertà della persona, e cioè la libertà negoziale. Ma l'idea secondo la quale solo ed esclusivamente l'individuo può essere giudice dei suoi interessi non ha più riscontro nella società del nostro tempo. Il riconoscimento della libertà del singolo s'inserisce ormai in una concezione dell'ordinamento che s'ispira al prevalente valore della solidarietà sociale, quale valore di fondo della nostra Costituzione».

¹⁰⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. Vol. 1, cit., p. 391.

¹⁰⁶ Traduzione a cura dell'autore, NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. Vol. 1, cit., p. 26.

contratto, anche se può assumere significati diversi¹⁰⁷, e l'art. 421 pone questioni che «riguardano la limitazione dell'autonomia privata, l'interesse sociale e la buona fede»¹⁰⁸. Questo perché, come sottolinea Cesare Massimo Bianca «Il principio della solidarietà giustifica e anzi impone l'intervento della legge là dove il principio dell'autonomia privata non è sufficiente ad assicurare giusti rapporti»¹⁰⁹. Così, come descrive Fernando Noronha, anche se nel diritto privato la finalità sociale rimane al secondo posto, gli interessi del creditore «non possono essere esercitati in modi che incidono sulla finalità sociale dell'obbligo»¹¹⁰.

In questo periodo, i principi di probità, buona fede ed equilibrio contrattuale permeano il contratto durante tutta la sua esistenza, anche nelle fasi pre e post contrattuali. Per quanto riguarda la formazione della volontà negoziale, come descritto da Claudia Lima Marques, c'è una tendenza attuale ad esaminare non solo la semplice manifestazione del consumatore, ma la «qualità» di questa volontà espressa¹¹¹. Nell'Ottocento e nella prima metà del Novecento, sotto l'incidenza del principio *caveat emptor*, nella fase di negoziazione e conclusione del contratto, al fine di evitare l'errore essenziale sull'oggetto e sulle condizioni, si imponeva a ciascuna delle parti un dovere di diligenza, corrispondente al dovere di

¹⁰⁷ MARIGHETTO, Andrea. *O Acesso ao Contrato: Sentido e Extensão da Função Social do Contrato*, cit., p. 60.

¹⁰⁸ Traduzione a cura dell'autore, MARIGHETTO, Andrea. *O Acesso ao Contrato: Sentido e Extensão da Função Social do Contrato*, cit., p. 45-60. Inoltre secondo l'autore: «Ora, o contrato é executado dentro de um contexto social, cujos fundamentos e objetivos estão consagrados na CF, a qual se refere à cidadania, à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e, em especial, à construção de uma sociedade livre, justa e solidária»; «O art. 421 do novo Código Civil nasceu, portanto, para limitar a autonomia privada das partes, embora sem se contrapor ao até então consolidado princípio *pacta sunt servanda*».

¹⁰⁹ BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile. Il contratto*. Terza edizione. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2018.

¹¹⁰ Traduzione a cura dell'autore, NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. Vol. 1, cit., p. 25: «Nesta matéria do Direito das Obrigações, todavia, a finalidade social permanece em segundo plano, em contraste com o relevo assumido pela finalidade individual. Não obstante, é possível afirmar que o interesse geral impõe limitações aos direitos do credor: estes não podem ser exercidos por formas que afetem a finalidade social da obrigação».

¹¹¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8ª edizione. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 742.

informarsi¹¹². In questo contesto, sotto la categoria del *dolus bonus*, sono state ammesse come lecite diverse pratiche commerciali oggi considerate abusive, consistenti nell'occultamento e nell'omissione di difetti, o anche nell'esaltazione di qualità inesistenti del prodotto. Era un'epoca in cui le vendite al dettaglio erano regolate dalla legge che favoriva la classe mercantile, dalla compravendita mercantile, non dal diritto dei consumatori.

Nel XX secolo, il principio della buona fede si è diffuso nella dottrina e nella giurisprudenza di diritto privato, inizialmente sotto l'influenza del diritto tedesco, in virtù dell'interpretazione del paragrafo 242 del BGB. Sul principio della buona fede, nel diritto spagnolo, il Codice civile del 1889 prevedeva già che: «*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*» (art. 1258). Il Codice civile italiano del 1942, a sua volta, dispone che: a) le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (art. 1337); b) il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (art. 1375). Nel Codice civile brasiliano: a) il titolare di un diritto commette anche un atto illecito se, nell'esercitarlo, supera manifestamente i limiti imposti per il suo scopo economico o sociale, per la buona fede o il buon costume (art. 187); b) le parti contraenti sono obbligate a osservare, sia nella conclusione del contratto che nella sua esecuzione, i principi di probità e buona fede (art. 422).

Il principio di buona fede è stato sancito nella legislazione privata attraverso clausole generali, senza specificazione della fattispecie e delle conseguenze giuridiche derivanti dalla sua applicazione, trasferendo all'interprete l'onere di verificare la sua incidenza nei casi concreti. Luis Díez-Picazo descrive la buona

¹¹² PARRA LUCÁN, María Ángeles y otros. *Negociación y perfección de los contratos*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 794; ROSSI CARLEO, Liliana. *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informatico*, in *Il diritto dei consumi*. Vol. II. PERLINGIERI, Pietro; CATERINI, Enrico (a cura di). Rende: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 141.

fedele come «*un estándar jurídico o un modelo de conducta social, que sería aquella conducta social que la conciencia social exige en cada caso conforme a un imperativo ético dado*» e che è diretta «*al titular de un derecho subjetivo y le impone que el derecho se ejercite de acuerdo con las normas de lealtad, de la confianza y de la consideración que el sujeto pasivo del derecho puede razonablemente pretender o esperar*»¹¹³. Si tratta di un principio che ha acquisito un'importanza crescente negli ultimi decenni, in contrasto con il positivismo giuridico e «in virtù della revisione che ha subito la teoria generale delle obbligazioni»¹¹⁴.

Nell'epoca della decodificazione del diritto privato e dell'affermazione dei diritti sociali, il diritto contrattuale si è evoluto da una compravendita mercantile regolata dal diritto dei commercianti a una compravendita che continua a essere mercantile, conclusa tra commercianti e consumatori, ma regolata dal diritto dei consumi. Sotto questa nuova prospettiva, che è quella dei diritti sociali, come sottolineato da Liliana Rossi Carleo, si verifica uno dei più importanti cambiamenti apportati dai microsistemi del diritto dei consumatori, sotto l'incidenza del principio della buona fede, consistente nell'inversione dei ruoli tra le parti contraenti, il passaggio della «presunzione dalla conoscibilità alla conoscenza, dal diritto ad informarsi ad un diritto ad essere informati»¹¹⁵. Questo perché nella società di massa, dove i contratti per adesione sono conclusi su larga scala, le previsioni generiche contenute nelle clausole generali delle codificazioni civili sono venute a considerarsi insufficienti non solo per il funzionamento del mercato, ma soprattutto

¹¹³ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial I. Introducción teoría del contrato*. Sexta edición. Pamplona: Registradores de España, 2007, p. 61-62.

¹¹⁴ COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*, cit., p. 15 e 37: «há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses. Em alguns casos, porém, o conteúdo do negócio jurídico é formado imediatamente pelos deveres de boa-fé».

¹¹⁵ ROSSI CARLEO, Liliana. *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informatico*, cit., p. 142.

per la dovuta tutela del consumatore¹¹⁶, che ha portato all'emergere di un formalismo di protezione sociale, il formalismo informativo, tema che sarà approfondito nel prossimo capitolo.

Il terzo principio base dei contratti è quello della giustizia o dell'equilibrio contrattuale, secondo il quale il legislatore o il giudice interferisce nel contratto per ristabilire o mantenere il suo equilibrio. Come descritto da Cesare Massimo Bianca, il fenomeno della massificazione dei contratti «ha segnato un netto declino della libertà negoziale»¹¹⁷, il regime di vendita previsto dal Codice civile si è rivelato inadeguato ad assicurare l'equilibrio del contratto, il rispetto alla sua funzione sociale. Questo squilibrio contrattuale è il risultato, tra gli altri fattori, dell'elaborazione di contratti per adesione, formati da clausole generali di contrattazione, senza le quali la contrattazione di massa non sarebbe fattibile. I contratti per adesione sono contratti non negoziati, in cui «*existe una prerredacción del contrato por una de las partes, y la otra sólo le es permitido aceptarlo o rechazarlo*»¹¹⁸, e che finiscono per posizionare il consumatore nella sottomissione alle clausole che vi figurano. Nell'attuale Codice civile brasiliano, attraverso le clausole generali, anche nei rapporti tra pari, il legislatore ha conferito al giudice il potere di rivedere quanto stipulato nel contratto, per cause concomitanti o sopravvenute alla sua formazione. In nome del principio della giustizia sociale, per correggere le disuguaglianze economiche e sociali, il legislatore è intervenuto nell'ordine economico istituendo, con la metodologia del formalismo di contenuto, la distinzione tra lavoratori, consumatori e imprenditori, tra diritto civile e diritti contrattuali del lavoratore e del consumatore.

¹¹⁶ CAPOBIANCO, Ernesto. *Impresa e contratto tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Il diritto dei consumi*. Vol. I. PERLINGIERI, Pietro; CATERINI, Enrico (a cura di). Rende: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, p. 70.

¹¹⁷ BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile. Il contratto*, cit., p. 26-27.

¹¹⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Sistema de derecho civil. El contrato en general. La relación obligatoria*. Vol. II (tomo 1), cit., p. 28.

6. L'impatto del commercio elettronico sul diritto contrattuale

Negli ultimi tre decenni la società ha subito una profonda trasformazione, a livello globale, originata dall'avvento delle nuove tecnologie dell'informazione, specialmente l'informatica ed *internet*. Dato l'impatto e la diffusione di *internet*, si può parlare di una vera rivoluzione tecnologica, e del passaggio da un'«età industriale» a un'«età della società dell'informazione»¹¹⁹. In questo contesto, grande parte delle interazioni umane sono state trasposte al cyberspazio, un luogo immateriale e parallelo che sempre più si collega e trasforma i costumi della società. Inoltre, in modo incessante ed esponenziale, i dispositivi che si connettono ad *internet* si stanno moltiplicando, dai tradizionali computer e laptop, ai più avanzati *smartphones*¹²⁰, *tablets*, lettori digitali, orologi intelligenti, automobili, elettrodomestici, giocattoli, tra i molti altri¹²¹. La tecnologia di *Internet* ha permeato i più diversi settori della vita umana, dal modo in cui le persone comunicano e interagiscono, alle loro abitudini e persino alla forma di contrattazione tra consumatori e professionisti, oggetto di questa tesi.

Il termine «commercio elettronico» è abbastanza ampio, e si riferisce non solo alla contrattazione attraverso *internet*, ma, nelle parole di José Antonio Vega Vega, «a cualquier forma de transacción económica o de intercambio de información

¹¹⁹ PINOCHET OLAVE, Ruperto. *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 13: «En la actualidad son tan significativas y evidentes los cambios que experimenta la sociedad y su magnitud, que tal vez presenciemos la primera ocasión en la historia en que la mayoría de los ciudadanos tienen plena la transición de un período de la historia a otro, desde la era industrial a la nueva era de la sociedad de la información».

¹²⁰ SAN MARTÍN, Sonia; PRODANOVA, Jana. *¿Qué factores fomentan la compra por impulso en el comercio móvil?*, in *Revista Española de Investigación de Marketing ESIC*, n. 18, 32-42, 2014.

¹²¹ GARCÍA MEXÍA, Pablo. *El derecho de internet*, in PÉREZ BES, Francisco (coord.). *El derecho de internet*. Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2016, p. 18 e 19: «el número y tipo de dispositivos conectados a Internet viene incrementándose exponencialmente y ahora incluyen ordenadores portátiles, teléfonos inteligentes, etiquetas RFID o lectores electrónicos, siendo pues inevitable una mayor complejidad. No se escapa que a todos los componentes citados se debiera añadir cualesquiera otros objetos susceptibles de conexión: desde electrodomésticos hasta automóviles y farolas, como demuestra la Internet de las cosas».

comercial basada en la transmisión de datos sobre las redes de comunicación»¹²². Nello stesso senso, spiega Luis Carlos Plata López che il commercio elettronico «abarca una serie casi innumerable de actividades de carácter mercantil, que se llevan a cabo utilizando medios o instrumentos vinculados a las tecnologías de la información»¹²³. Allo stesso modo, secondo Gema Alejandra Botana García «se entiende por comercio electrónico todo intercambio de datos por medios electrónicos, esté relacionado o no con la actividad comercial en sentido estricto»¹²⁴. Ossia, il commercio elettronico è un'attività di carattere economico basata sulla tecnologia dell'informazione¹²⁵, che permette la trasmissione di dati informatici tra computer collegati tra di loro¹²⁶, da fili, mezzi ottici ed elettromagnetici¹²⁷.

I «contratti elettronici», a loro volta, che appartengono al commercio elettronico *stricto sensu*, sono quelli conclusi attraverso mezzi di comunicazione elettronici, con particolare riferimento ad *internet*¹²⁸. La coniugazione tra

¹²² VEGA VEGA, José Antonio. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores. Colección de derecho de las nuevas tecnologías*. Madrid: Editorial Reus S.A, 2005, p. 62; MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel. *Contratos electrónicos*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 12, secondo il quale: «El término "comercio electrónico", en su significado original, era sinónimo de compra electrónica. Actualmente se ha extendido y abarca todos los aspectos de los procesos de mercado y empresa habilitados por Internet y las tecnologías de la World Wide Web».

¹²³ PLATA LÓPEZ, Luis Carlos. *La protección de los consumidores en el comercio electrónico*, in GUAL ACOSTA, José Manuel; VILLABA CUÉLLAR, Juan Carlos. *Derecho del Consumo. Problemáticas Actuales*. Bogotá: Ibañez, 2013, p. 391.

¹²⁴ BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra. *Noción de comercio electrónico*, in BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (coord.). *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. Madrid: La ley, 2001, p. 57.

¹²⁵ BATTELLI, Ettore. *I contratti del commercio online*, in RECINTO, Giuseppe; MEZZASOMA, Lorenzo; CHERTI, Stefano. *Diritti e tutele dei consumatori*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 388.

¹²⁶ BATTELLI, Ettore. *I contratti del commercio online*, cit., p. 396.

¹²⁷ BATTELLI, Ettore. *I contratti del commercio online*, cit., p. 392.

¹²⁸ Nel diritto spagnolo, la legge n. 34/2002, conosciuta anche come LSSICE, sui servizi della società dell'informazione e il commercio elettronico, definisce il contratto elettronico, come: «todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones».

informatica ed *internet* permette la dematerializzazione¹²⁹ dell'informazione e la conclusione di contratti con la trasmissione della volontà negoziale attraverso la rete. In questo contesto, Miguel Ángel Davara Rodríguez definisce la contrattazione elettronica come «*aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo*»¹³⁰. A sua volta, Emilio Tosi considera che la terminologia «contratto virtuale», sottospecie dei «contratti telematici»¹³¹, sembra la più appropriata per fare riferimento a quelli conclusi negli spazi virtuali di *internet*¹³². Evidenzia José Antonio Vega Vega sottolinea, tuttavia, che di fronte alla velocità di evoluzione delle nuove tecnologie dell'informazione, la nozione di mezzo elettronico deve essere ampia, in modo da «*incluirl en su concepto cualquier avance o descubrimiento que en el futuro pueda darse*»¹³³. Di fronte alla diversità delle

¹²⁹ MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. *El contrato vía internet*. Barcelona: J.M Bosch Editor, 2005, p. 32.

¹³⁰ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. *Manual de Derecho Informático*. Pamplona: Aranzadi, 1997, p. 165.

¹³¹ TOSI, Emilio. *Il contratto virtuale: ricostruzione della categoria negoziale*, in CLARIZIA, Renato. *I contratti informatici*. Torino: UTET giuridica, 2007, p. 81: «In una prospettiva classificatoria strutturale il contratto virtuale costituisce una sottospecie dei contratti a conclusione telematica - ossia quei contratti stipulati mediante l'utilizzo delle nuove tecnologie informatiche e telematiche di comunicazione - più specificamente ne costituisce la naturale evoluzione tecnologica e giuridica». Sui contratti telematici, secondo GEMMA, Andrea. *L'accordo telematico*, in CLARIZIA, Renato. *I contratti informatici*. Torino: UTET giuridica, 2007, p. 243: «ove la fattispecie implichi oltre alla tecnologia informatica anche una trasmissione a distanza tra terminali, la nozione descrittiva di riferimento è quella di contratto telematico».

¹³² TOSI, Emilio. *Contratti informatici, telematici e virtuali. Nuove forme e procedimenti formativi*. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 59-60: «Contratto virtuale pare, quindi, termine appropriato per definire l'insieme degli eterogenei fenomeni negoziali, accomunati tutti dall'utilizzo dello spazio virtuale di Internet - meglio degli spazi virtuali di Internet, posta elettronica, world wide web e altri resi disponibili dalla tecnologia presente e futura - quale strumento peculiare di comunicazione della volontà dei contraenti, di formazione e conclusione del contratto».

¹³³ VEGA VEGA, José Antonio. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores. Colección de derecho de las nuevas tecnologías*, cit., p. 59: «Por ello, medio electrónico ha de entenderse en sentido amplio, como todo aquel que permita una comunicación entre destinatarios ausentes basados en medios telemáticos. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que los avances tecnológicos es una constante de nuestra época, por lo que no podemos hacer una enumeración limitada al actual estado de la técnica para concretar una definición sobre medios electrónicos,

terminologie in cui si inquadra la contrattazione attraverso *internet*, Juan Carlos Menéndez Mato nota che, ad eccezione del «contratto informatico», le espressioni «contratto elettronico, telematico, online, digitale», tra le altre, «*se encuentran en una relación más o menos concéntrica*»¹³⁴.

Per una migliore definizione del concetto di «contratto elettronico», è necessario distinguerlo dal contratto «di beni o servizi elettronici», talvolta chiamato «contratto informatico». L'espressione contratto «di beni o servizi elettronici» o contratto «ad oggetto informatico» si riferisce a quello realizzato per via telematica o meno, avente come oggetto beni o servizi informatici¹³⁵, come *hardwares* o *softwares*¹³⁶. Inizialmente, l'espressione «contratto informatico» è stata usata per riferirsi a quelli con oggetto informatico, anche se oggi è considerata da alcuni studiosi di diritto come equivalente alla «contrattazione elettronica»¹³⁷,

sino que debemos incluir en su concepto cualquier avance o descubrimiento que en el futuro pueda darse».

¹³⁴ MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. *El contrato vía internet*, cit., p. 159: «*Se van a analizar los siguientes calificativos asociados a contrato: informático, electrónico, telemático, on line y digital. Todos ellos, salvo el denominado contrato informático, se encuentran en una relación más o menos concéntrica. Es decir, el más amplio de ellos, que englobaría a los restantes por su mayor especificidad, sería el contrato electrónico*».

¹³⁵ PARDO GATO, José Ricardo. *Las Páginas Web como Soporte de Condiciones Generales Contractuales*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2003, p. 49: «*Teniendo en cuenta que los contratos electrónicos no son los que se han dado en llamar contratos informáticos- los que tienen por objeto bienes y/o servicios informáticos, como puede ser un ordenador, una aplicación informática, el mantenimiento de una red, bases de datos etc (...) se hace necesario restringir la definición de contrato electrónico en el sentido de que conceptúe como tales aquellos que se celebren mediante el uso de ordenadores por medio o a través de una red telemática y que el diálogo consista en la transmisión electrónica de datos y documentos*»; CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín; POZO ARRANZ, María Asunción; RODRÍGUEZ DE CASTRO, Eduardo Pedro. *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*. 3 edición. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 4: «*En contraposición a la llamada contratación informática, se presenta la «contratación electrónica o por medios electrónicos que el profesor DAVARA define como aquella con independencia de cual sea su objeto, que puede también ser la Informática, aunque no necesariamente, se realiza a través o con ayuda de los medios electrónicos, que no tienen por qué ser siempre ordenadores*».

¹³⁶ CAPO, Giovanni. *I contratti ad oggetto informatico*, in VALENTINO, DANIELA. *Manuale di Diritto dell'Informatica*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

¹³⁷ MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. *El contrato vía internet*, cit., p. 161: «*Inicialmente resultaba usual el empleo de la expresión «contrato informático» para referirse a aquel tipo de contratación*

per cui è preferibile adottare la terminologia di contratto «ad oggetto informatico». A differenza del contratto «ad oggetto informatico», il «contratto elettronico» è quello concluso a distanza, attraverso mezzi elettronici e, come descritto da Ettore Battelli, presuppone che le manifestazioni di volontà «viaggiano per necessità o per volontà delle parti tramite canali telematici»¹³⁸, in particolare attraverso *internet*. Assumendo questo presupposto, la contrattazione per via elettronica può avere come oggetto una serie di beni o servizi, legati o meno all'informatica¹³⁹, cioè il contratto elettronico può avere o meno un oggetto informatico. In questa forma, il «contratto elettronico» è caratterizzato non in base al suo oggetto, ma a causa del mezzo di formazione del contratto¹⁴⁰, argomento che sarà approfondito nel prossimo capitolo.

Il commercio e i contratti virtuali presuppongono sia l'esistenza dell'informatica che di *internet*. Nel suo senso stretto, mentre l'«informatica» si riferisce alle tecnologie dell'informazione, coinvolgendo la meccanica dei computer, l'immagazzinamento di dati ed i *softwares*, l'*internet* è responsabile della diffusione di questi dati, collegando diversi computer attraverso una rete invisibile. La nascita di *internet*, nella sua forma primitiva, risale agli anni '60, negli Stati Uniti, in un contesto di Guerra Fredda, quando c'era un bisogno urgente di

en el que el objeto está representado por un bien o servicio de carácter informático (...). Sin embargo, pronto aparecieron autores que se centraron en distinguir entre contrato informático y contrato con objeto informático o contrato de informática. Este último se correspondería con el descrito en el párrafo precedente; en cuanto al primero, denominan como tal al contrato que se ha perfeccionado mediante la ayuda de medios informáticos. Por otra parte, existe otro sector de la doctrina que prefiere mantener el significado original asignado al «contrato informático - es decir- en cuanto poseedores de un objeto informático- y decide calificar «contrato electrónico» a aquél cuya conclusión se haya operado gracias a la intervención de procedimientos informáticos u otros medios electrónicos. Esta opción será la escogida en este trabajo (...).

¹³⁸ BATTELLI, Ettore. *I contratti del commercio online*, cit., p. 396.

¹³⁹ VEGA VEGA, José Antonio. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores. Colección de derecho de las nuevas tecnologías*, cit., p. 64.

¹⁴⁰ PARDO GATO, José Ricardo. *Las Páginas Web como Soporte de Condiciones Generales Contractuales*, cit., p. 49: «la contratación telemática o electrónica, que pone el acento, no tanto en el objeto sobre el que recae, sino más bien en su forma de perfeccionamiento por medio de un sistema telemático».

sviluppare una rete efficiente di distribuzione delle informazioni, resistente e meno suscettibile di danni in caso di attacco nucleare da parte dell'Unione Sovietica. Questa resilienza sarebbe ottenuta, nella teoria di Paul Baran, a partire da un sistema di comunicazione decentralizzato, ispirato alle cellule del cervello umano che, in caso di deterioramento parziale, sarebbero ancora in grado di esercitare le funzioni rimanenti, deviando dalle aree danneggiate¹⁴¹.

Nel 1962, l'*Advanced Research Projects Agency* - ARPA, dipartimento della difesa americano responsabile dello sviluppo di tecnologie per uso militare, iniziò a cercare modi per collegare i vari computer, per consentire l'accesso e la trasmissione di informazioni tra di loro. Sulla base della teoria della commutazione di pacchetti, è stata sviluppata la rete ARPANET, che collegava i centri universitari. L'*internet* che usiamo oggi è un'evoluzione del pur rivoluzionario e limitato sistema dell'ARPANET¹⁴². Storicamente, uno dei primi servizi offerti dalla rete *internet* è stato quello delle *e-mail* o posta elettronica. Fu soltanto nel 1989 che Tim Berners-Lee inventò la «*World Wide Web (www)*», che rivoluzionò l'*internet*¹⁴³, permettendo l'interconnessione di informazioni. La «*World Wide Web*» costituisce, insieme alla posta elettronica, uno dei principali servizi offerti dalla rete *internet*¹⁴⁴. A partire dagli anni '90, è comparsa la prima ondata di *websites*.

Nel 1993 il CERN decise di mettere il *software* «*www*» sotto pubblico dominio, in modo che tutti potessero usarlo liberamente. Tuttavia, era ancora difficile per gli utenti del *web* trovare il contenuto desiderato. Per questo motivo, si sono cominciati a sviluppare strumenti di ricerca, come «*Archie*», «*Yahoo*» e «*Google*»¹⁴⁵, per organizzare il *mare magnum* di informazioni contenute su *internet*. Nell'ottobre 1981 solo 213 computer erano collegati ad *internet*. Dieci anni dopo, nel 1990, il

¹⁴¹ RYAN, Johnny. *A history of the internet and digital future*. London: Reaktion Books Ltd, 2010, p. 13- 14.

¹⁴² HERRERA JOANCOMARTÍ, Jordi. *Nociones técnicas de internet*, in PEGUERA POCH, Miquel (coord.). *Derecho y nuevas tecnologías*. Barcelona: Editorial UOC, 2005, p. 21, 22.

¹⁴³ RYAN, Johnny. *A history of the internet and digital future*, cit., p. 107.

¹⁴⁴ HERRERA JOANCOMARTÍ, Jordi. *Nociones técnicas de internet*, cit., p. 30.

¹⁴⁵ RYAN, Johnny. *A history of the internet and digital future*, cit., p. 118.

numero era cresciuto fino a 313.000 *hosts*. Nel gennaio 1994 c'erano già 2.217.000 computer collegati al *web*¹⁴⁶. Nel 1995, la *World Wide Web* è diventata il principale servizio offerto da *internet*¹⁴⁷. Fino al 1995, l'esercizio di attività commerciali su *internet* era vietato dalla *National Science Foundation's Acceptable Usage Policy*. Nel 1995, *Ebay*, allora chiamato «*Auction Web*», ha effettuato la sua prima transazione commerciale dal *web*¹⁴⁸. Nello stesso anno, *Amazon* ha fatto la sua prima vendita, il libro *Fluid Concepts & Creative Analogies: Computer Models of the Fundamental Mechanisms of Thought*¹⁴⁹.

Il 2004 è segnato dal «*web 2.0*», termine coniato da Dale Dougherty per esprimere una nuova fase del *web*¹⁵⁰. Sono caratteristiche del *web 2.0* una maggiore interattività tra i suoi utenti, la plasticità dell'informazione, l'uso di *hyperlink*, l'aumento di *user-driven sites* e dell'*user-generated content*, in cui gran parte del contenuto è sviluppato dal pubblico stesso, la decentralizzazione delle fonti di informazione¹⁵¹, la diffusione delle reti sociali, ecc. Il *web 2.0* rappresenta la vera essenza di *internet*, uno spazio per la diffusione di informazioni attraverso l'interattività tra gli utenti. In questo senso, Johnny Ryan sottolinea il declino della diffusione dell'informazione immutabile e centralizzata, segnata dalla passività del ricevente, come avviene con la televisione, la radio, i giornali, e la sua mutazione in un sistema centrifugo, interattivo e malleabile¹⁵². Originariamente destinata a scopi militari, la versatilità di *internet* è stata trasmutata nelle più diverse aree della vita della società. Negli ultimi 30 anni la rete *internet* è diventata il principale mezzo di comunicazione a distanza e sta occupando uno spazio sempre maggiore nel

¹⁴⁶ MERIT statistical data, 3 february 1994 (<http://www.textfiles.com/internet/hosts.hst>). Accesso il 6 luglio 2020.

¹⁴⁷ RYAN, Johnny. *A history of the internet and digital future*, cit., p. 115.

¹⁴⁸ RYAN, Johnny. *A history of the internet and digital future*, cit., p. 120.

¹⁴⁹ RYAN, Johnny. *A history of the internet and digital future*, cit., p. 156.

¹⁵⁰ RYAN, Johnny. *A history of the internet and digital future*, cit., p. 137.

¹⁵¹ O'REILLY, Tim. *What is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software*, 2007. Disponibile presso

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008839

¹⁵² RYAN, Johnny. *A history of the internet and digital future*, cit., p. 139.

settore degli scambi economici, permettendo la contrattazione senza frontiere, con la relativizzazione del tempo e dello spazio.

Le comunicazioni attraverso i mezzi elettronici possono avvenire simultaneamente o meno, a seconda delle funzionalità che il mezzo possiede. Le contrattazioni tramite videoconferenze, SMS e *whatsapp*, per esempio, sono o possono essere simultanee¹⁵³, diversamente della contrattazione attraverso *e-mail*. Per questa ragione, come si studierà nel prossimo capitolo, mentre la contrattazione attraverso la posta elettronica è regolata dalle norme della contrattazione tra assenti, i contratti *point and click*, attraverso i siti *web*, sono regolati dalle norme della contrattazione tra presenti. Inoltre, il contratto *online* può essere formato sia attraverso reti aperte, come l'*internet*, sia attraverso reti chiuse, come l'«*intranet*»¹⁵⁴ e l'«*extranet*». Normalmente, il commercio B2C si svolge sulla rete aperta *internet*, mentre il commercio B2B nella rete *extranet*, che non è accessibile a un pubblico indeterminato. Questo non significa che non ci possano essere eccezioni, come il commercio elettronico B2B via *internet*, che si verifica nell'«*e-marketplace* verticale»¹⁵⁵.

Il contratto elettronico può essere ulteriormente classificato prendendo in considerazione il suo modo di esecuzione, come appartenente al commercio elettronico «diretto» o al commercio elettronico «indiretto»¹⁵⁶. Nel commercio

¹⁵³ JUNQUEIRA, Miriam. *Contratos Eletrônicos*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997, p. 23.

¹⁵⁴ VEGA VEGA, José Antonio. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. Colección de derecho de las nuevas tecnologías, cit., p. 69.

¹⁵⁵ TOSI, Emilio. *Il contratto virtuale: ricostruzione della categoria negoziale*, cit., p. 86.

¹⁵⁶ PERLINGIERI, Giovanni; LAZZARELLI, Federica, *Il contratto telematico*, in VALENTINO, Daniela. *Manuale di diritto dell'informatica*. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 2016, p. 271: «Un'altra distinzione attiene al profilo dell'esecuzione del contratto. Si discorre di commercio elettronico diretto qualora l'intera operazione negoziale è compiuta attraverso la Rete *internet*. In tal caso non soltanto la conclusione ma anche l'esecuzione del contratto avviene *on line*, mediante atti di trasmissione di beni immateriali, i quali possono essere distribuiti direttamente attraverso il Web, senza che sia necessario ricorrere alla tradizionale spedizione postale (si pensi al download di files video o audio). Si discorre, invece, di commercio elettronico indiretto allorché è soltanto l'accordo ad essere raggiunto telematicamente. Questa ipotesi si configura in presenza di contratti aventi a oggetto beni materiali la cui consegna richiede, per necessità o per volontà dell'acquirente, l'invio mediante i mezzi di trasporto tradizionali».

elettronico diretto, sia la conclusione del contratto che la sua esecuzione avvengono attraverso l'ambiente virtuale, cioè, l'esecuzione *online* del contratto presuppone la trasmissione di beni immateriali, come la «vendita di contenuti digitali», *softwares*, *e-books*, o, nell'ambito dei servizi, lo *streaming*. Nel commercio elettronico indiretto, invece, mentre la conclusione del contratto avviene in un ambiente virtuale, la sua esecuzione avviene *offline*, tenendo conto che l'oggetto del contratto è costituito da beni tangibili, che devono essere successivamente consegnati fisicamente all'acquirente, con l'uso di mezzi di trasporto tradizionali, come avviene nell'acquisto di libri fisici via *internet*¹⁵⁷.

Al giorno d'oggi, a causa della diffusione dell'accesso ad *internet* e ai dispositivi ad essa collegati, la contrattazione elettronica nei rapporti di consumo ha acquisito un'importanza capitale, come strumento di sviluppo dell'attività commerciale, tenendo in conto i numerosi vantaggi che offre ai consumatori rispetto alla tradizionale contrattazione tra presenti. Tra questi spicca il rompere le barriere fisiche e temporali, dato che il consumatore che acquista *online* ha accesso a prodotti offerti in varie parti del mondo, in negozi virtuali che operano 24 ore al giorno, 7 giorni alla settimana. Le barriere geografiche, relativizzate dalla velocità e dalla semplicità della contrattazione *online*, diventano semplicemente barriere di carattere giuridico¹⁵⁸. D'altra parte, *internet* permette, attraverso i suoi strumenti di ricerca, il confronto dei prezzi e delle caratteristiche di una vasta gamma di prodotti offerti, il che finisce, pur favorendo il consumatore, per permettere la concorrenza tra grandi e piccole aziende. Inoltre, la contrattazione elettronica facilita la

¹⁵⁷ VEGA VEGA, José Antonio. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores. Colección de derecho de las nuevas tecnologías*, cit., p. 61: «Dentro del comercio electrónico también podemos distinguir entre comercio electrónico directo que se produce cuando la conclusión del contrato, la ejecución y el pago se produce on line, esto es, a través del suministro de dichos bienes o servicios por medio de la red, y comercio electrónico indirecto, cuando la conclusión se hace por medios electrónicos, pero la ejecución se realiza de forma tradicional por la entrega de bienes o la prestación de servicios».

¹⁵⁸ MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. *El contrato vía internet*, cit., p. 57: «En definitiva, se puede indicar que gracias al uso de Internet se ha logrado una superación del factor - espacio- en la contratación, entendido en su sentido estrictamente físico o geográfico; ahora bien, no en su sentido jurídico».

riduzione dei prezzi dei prodotti offerti, perché il professionista riduce i suoi costi inerenti al mantenimento dei locali commerciali, e i prodotti possono essere venduti direttamente dal produttore al consumatore, senza bisogno di utilizzare intermediari¹⁵⁹.

Di fronte a questo drastico cambiamento nella realtà contrattuale, originato dallo sviluppo delle nuove tecnologie dell'informazione e dalla diffusione del commercio elettronico, si verifica la necessità di riadattamento del diritto tradizionale, in modo da regolare efficacemente i contratti a distanza in forma elettronica¹⁶⁰. Questa necessità di adattare il diritto diventa ancora più evidente nel contesto del commercio elettronico di consumo, considerando l'asimmetria informativa e del potere di contrattazione tra consumatori e professionisti, e la significativa diffusione dei contratti su *internet* nella vita quotidiana del consumatore. In questo frangente, è stata pubblicata la direttiva 2011/83/UE, che si concentra, tra gli altri aspetti, sulla regolamentazione dei contratti di consumo a distanza. Nel diritto brasiliano, a sua volta, è in corso di esame il disegno di legge n. 3514/15, che mira ad adattare il CDC ai nuovi tempi, soprattutto sulla questione relativa ai contratti elettronici di consumo. D'altra parte, la presente tesi ha come protagonista la compravendita elettronica di consumo, una figura contrattuale

¹⁵⁹ MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. *El contrato vía internet*, cit., p. 49 e 54: «permite el contacto directo y abierto entre los productores y los consumidores, sin necesidad de intermediarios que encarecerían el precio del producto o servicio ofertado» (...) «En teoría, la contratación a través de Internet debería facilitar la reducción de los precios de los productos y servicios ofrecidos por este medio, ya que el coste final es menor debido, sobre todo, a la falta de necesidad de empleo de intermediarios comerciales en los nuevos mercados electrónicos».

¹⁶⁰ PINOCHET OLAVE, Ruperto. *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, cit., p. 16: «Como decimos, no cabe duda de que las nuevas tecnologías de información hacen necesarias algunas adecuaciones a la teoría general del contrato- entre otras materias - tal como en su momento lo necesitó por la aparición del Derecho del consumo, pero mientras la influencia del Derecho del consumo en la teoría general del contrato se encuentra sistematizada a través de abundantes trabajos de investigación, en el caso de las nuevas tecnologías, apenas ha comenzado»; CIACCI, Gianluigi. *Le fonti del diritto dell'informatica*, in VALENTINO, Daniela (coord). *Manuale di diritto dell'informatica*. 3ª edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 7-30.

protagonista nel commercio elettronico e, come si spiegherà nel prossimo paragrafo, una categoria giuridica autonoma distinta dalle altre compravendite dell'ordinamento giuridico, tenendo in conto le sue diverse particolarità.

7. La compravendita elettronica di consumo come categoria autonoma: le compravendite al plurale.

In questo dottorato di ricerca, si sostiene la tesi che la «compravendita elettronica di consumo» costituisca una categoria autonoma di contratto di compravendita, distinta dagli altri tipi di compravendita regolati dal Codice civile e dal Codice del consumo. Questa tesi è stata concepita traendo ispirazione dall'evento tenutosi il 24 maggio 2014 a Terni, promosso dal Centro di Studi Giuridici sui Diritti dei Consumatori dell'Università degli Studi di Perugia, con il coordinamento dei professori Lorenzo Mezzasoma, Eugenio Llamas Pombo e Vito Rizzo, intitolato: «La Compravendita: realtà e prospettive». Partendo da questo spunto, l'argomento da sviluppare riguarda i temi trattati nel convegno, con particolare riferimento alla «compravendita elettronica di consumo» che, come si spiegherà, nonostante le sue convergenze con il tipo contrattuale del Codice civile, è un nuovo tipo di compravendita, che possiede caratteristiche proprie e autonome, all'interno del fenomeno del passaggio dalla «compravendita» alle «compravendite», al plurale.

Nel diritto dei consumatori, il regime di protezione contrattuale regolato nel capitolo VI del CDC ricade direttamente sulla regolamentazione di qualsiasi tipo di contratto stipulato tra il professionista e il consumatore, che abbia come oggetto la prestazione di servizi o la fornitura di prodotti, senza prendere in considerazione, in modo diretto, il regime giuridico dei contratti in specie stabilito nel Codice civile. Come notato, il diritto dei contratti nei rapporti di consumo costituisce una categoria autonoma e distinta da quella del diritto civile dei contratti, ma questo non

significa che il diritto dei consumatori sia indifferente ai vari tipi di contratti stabiliti nel Codice civile, e che, pertanto, sia irrilevante per la protezione dei consumatori la determinazione del tipo di contrattuale. In questo contesto, emerge l'importanza di identificare e definire la compravendita elettronica nei rapporti di consumo come una categoria autonoma di contratto, distinta sia dalla compravendita civile e commerciale, sia da altri tipi di compravendita di consumo.

In una società individualista, in cui si riconoscono il diritto di proprietà e di libertà di iniziativa economica, il contratto di compravendita si distingue come lo strumento più rilevante per la circolazione della ricchezza, consistendo in un accordo tra individui, che legittima lo scambio economico di un bene per un prezzo¹⁶¹. La compravendita emerge con la diffusione dell'economia monetaria, presupponendo l'invenzione del denaro, inizialmente come sostituto del contratto di permuta, il semplice scambio di una cosa con un'altra. Da un punto di vista sociologico ed economico, la compravendita è la figura contrattuale più diffusa nella sfera della circolazione dei beni, onnipresente nella vita quotidiana delle persone. A sua volta, da un punto di vista giuridico, la compravendita assume un valore paradigmatico nella teoria dei contratti¹⁶², essendo il prototipo dei contratti sinallagmatici. Allo stesso modo e di conseguenza, la maggior parte delle transazioni tra consumatori e professionisti avviene attraverso il contratto di

¹⁶¹ D'AMICO, Giovanni. *La compravendita*, in *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del notariato*. Tomo I. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 14. Si veda anche MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8ª edizione, cit., p. 663: «A compra e venda é o contrato por excelência na sociedade de consumo, pois permite a movimentação das riquezas, dos bens, dos produtos. A compra e venda está presente vinculando os fornecedores da cadeia de produção (fabricante, montador, distribuidor, comerciante) e está presente vinculando o consumidor e o seu parceiro contratual, que denominamos aqui de fornecedor direto».

¹⁶² LUMINOSO, Angelo. *La Compravendita*. 9ª edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2018, p. 1-3: «Tra i contratti di alienazione diretti a realizzare uno scambio di beni, il più diffuso nella pratica degli affari è sicuramente la compravendita. È anche il più importante fra tutti gli schemi contrattuali, sia per la rilevanza della sua funzione economica, sia, ancora, per il valore paradigmatico che assume nell'ambito della teoria dei contratti, sia, infine, per la ricchezza e la varietà di atteggiamenti, di sottotipi, di clausole e di regole che presenta».

compravendita, motivo per cui un'analisi più dettagliata di questo tipo di contratto è di centrale importanza per la questione della tutela dei consumatori.

Nell'epoca delle codificazioni, in nome del principio di uguaglianza formale, il contratto di compravendita è stato delineato come una categoria unitaria, astraendosi le distinzioni di qualsiasi natura. Nel Codice civile brasiliano, l'art. 481 stabilisce che «attraverso il contratto di compravendita, uno dei contraenti si obbliga a trasferire la proprietà di una cosa determinata, e l'altro si obbliga a pagare un certo prezzo in denaro»¹⁶³. Il Codice civile italiano, a sua volta, dispone che «la vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo» (art. 1470 Codice civile italiano). L'art. 1445 del Codice civile spagnolo definisce il contratto di compravendita come il contratto con cui: «*uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente*». Come si può osservare, mentre nel diritto italiano la compravendita ha un effetto traslativo o reale, nel diritto spagnolo e brasiliano, diversamente, il contratto di compravendita, da solo, non genera il trasferimento della proprietà dei beni. Nel monosistema dei codici, il concetto astratto di compravendita esercita una forza centripeta, che tende a dare un trattamento giuridico unitario ai vari tipi di compravendita¹⁶⁴.

Sulla base di un concetto unitario di compravendita, nessuna distinzione viene fatta prendendo in considerazione eventuali differenze tra i soggetti, l'oggetto, la forma o in relazione a certi aspetti legati al tempo o al luogo di contrattazione o di esecuzione del contratto. Nell'epoca delle codificazioni, nonostante il concetto

¹⁶³ Traduzione dell'autore. Art. 481 Codice civile brasiliano: «*Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro*».

¹⁶⁴ LLAMAS POMBO, Eugenio. *La vendita e la tutela del consumatore nell'ordinamento spagnolo*, in MEZZASOMA, Lorenzo; RIZZO, Vito; LLAMAS POMBO, Eugenio (a cura di). *La compravendita: realtà e prospettive*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a, 2015, p. 150; FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Os Direitos dos Consumidores*. Coimbra: Livraria Almeida, 1982, p. 19.

unitario esposto nei codici civili, non si può dimenticare che la codificazione del diritto commerciale è stata costruita a partire dalla distinzione tra compravendita civile e commerciale, con la conseguente questione se la vendita al dettaglio al consumatore fosse civile o commerciale. L'articolo 191 del Codice mercantile brasiliano del 1850 stabiliva che «è soltanto considerata mercantile la compravendita di beni mobili o semi-mobili per la rivendita all'ingrosso o al dettaglio (...)»¹⁶⁵. Come si può osservare dalle disposizioni dell'art. 191, la vendita diretta al consumatore, cioè la vendita o la rivendita di beni nel commercio al dettaglio o al minuto, è soggetta al regime giuridico della compravendita commerciale. Ma la forza centripeta del concetto unitario di compravendita, sotto l'influenza del diritto italiano, ha determinato la civilizzazione del diritto commerciale, con l'unificazione del diritto delle obbligazioni, nel Codice civile del 2002; o meglio, la sua commercializzazione con l'inserimento, nello stesso Codice, di un libro dedicato al diritto dell'impresa.

Nella società di massa, con il passaggio dallo stato liberale allo stato sociale di diritto, i diritti sociali si sono affermati con la decodificazione del diritto privato, associata soprattutto alla frammentazione della categoria dei contratti di locazione di servizi e di compravendita, originariamente regolati dai codici civile e commerciale, con l'emergere dei microsistemi di diritto del lavoro e del consumatore. In questa nuova prospettiva, in cui si accentua l'esistenza di una forza centrifuga di frammentazione delle categorie giuridiche unitarie, Angelo Luminoso avverte che, a suo parere, «già la disciplina codicistica della compravendita si

¹⁶⁵ Codice mercantile brasiliano del 1850. Art. 191: «*O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e nas condições; e desde esse momento nenhuma das partes pode arrepender-se sem consentimento da outra, ainda que a coisa se não ache entregue nem o preço pago. Fica entendido que nas vendas condicionais não se reputa o contrato perfeito senão depois de verificada a condição (art. 127). É unicamente considerada mercantil a compra e venda de efeitos moveis ou semoventes, para os revender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; compreendendo-se na classe dos primeiros a moeda metallica e o papel moeda, títulos de Fundos publicos, acções de companhias e papeis de credito commerciaes, com tanto que nas referidas transacções o comprador ou vendedor seja commerciante*».

presenta particolarmente ricca, non ispirandosi ad un modello unitario ma articolandosi in varie sottospecie»¹⁶⁶. Allo stesso modo, Eugenio Llamas Pombo rileva che «il Codice civile e il Codice del commercio già contengono, in forma sparsa e non sistematica, genuine discipline autonome per alcune vendite che sembrano sfuggire al modello di unità»¹⁶⁷.

In questo senso, Angelo Luminoso illustra il contratto di compravendita attraverso la metafora di «una galassia in continuo movimento (...) di cui fa fatica scorgere i confini e a distinguere quel che vi sta dentro»¹⁶⁸. Questo perché il sano contratto di compravendita civile sta subendo un processo sia di erosione che di espansione e mutazione della sua regolamentazione, sia all'interno che all'esterno del Codice civile. Questa diversità di caratteristiche del contratto di compravendita nei sistemi giuridici ha aperto la strada all'idea dell'esistenza di modelli di compravendita diversi da quelli presenti nei codici civili¹⁶⁹. Così, dichiara Eugenio Llamas Pombo, «comincia a perdere senso continuare a parlare - della vendita - come se fosse una figura unitaria», e attualmente è più appropriato riferirsi «alle vendite», al plurale¹⁷⁰. Spiega l'autore, nella sua opera «La Compraventa», che

¹⁶⁶ LUMINOSO, Angelo. *La Compravendita*. 9ª edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2018.

¹⁶⁷ In questi termini LLAMAS POMBO, Eugenio. *La vendita e la tutela del consumatore nell'ordinamento spagnolo*, cit., p. 149: «In realtà, proprio il codice civile e il codice del commercio già contengono, in forma sparsa e non sistematica, genuine discipline autonome per alcune vendite che sembrano sfuggire al modello di unità, apparentemente regolato negli artt. 1445 ss. c.c. Quella immobiliare, di merci o di cose mobili, delle cose fungibili, di crediti litigiosi, delle cose incorporee, di beni semoventi, di universitas rerum, vendita di eredità, di beni coniugali, la vendita di beni futuri, la vendita di cosa altrui; vendita di beni di minori e incapaci, vendita all'asta pubblica, la vendita con riserva di proprietà, la vendita con patto commissorio; la vendita con patto di riscatto, la vendita esclusiva, ecc».

¹⁶⁸ In questi termini LUMINOSO, Angelo. *Relazione Introduttiva*, in MEZZASOMA, Lorenzo; RIZZO, Vito; LLAMAS POMBO, Eugenio (a cura di). *La compravendita: realtà e prospettive*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a, 2015, p. 55-56.

¹⁶⁹ LUMINOSO, Angelo. *Relazione Introduttiva*, cit., p. 62: «comincia, infatti, a farsi strada l'idea che tale disciplina abbia introdotto un modello di vendita nuovo e comunque diverso da quelle che emerge dal codice civile».

¹⁷⁰ In merito LLAMAS POMBO, Eugenio. *La vendita e la tutela del consumatore nell'ordinamento spagnolo*, in MEZZASOMA, Lorenzo; RIZZO, Vito; LLAMAS POMBO, Eugenio (a cura di). *La compravendita: realtà e prospettive*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a, 2015, p. 145-146.

*«Son tantas las diferencias que podemos encontrar en la disciplina de unas compraventas y otras, en función de quienes intervengan en el contrato, cuál sea la naturaleza de su objeto, en qué ámbito geográfico se desarrolle etc., que en buena técnica jurídica parece poco útil o, si se prefiere poco práctico, seguir aludiendo al contrato de compraventa como si se tratase de un único contrato sometido a la disciplina del CC, con algunas particularidades en el caso de la compraventa mercantil, que aparecen reguladas en el CCom»*¹⁷¹. Il passaggio dal concetto unico di «della vendita» ai vari tipi di «vendite» riflette un fenomeno più ampio che riguarda l'intero ordinamento giuridico, dal «monosistema», il cui nucleo è il Codice civile, al «polisistema»¹⁷², composto da varie leggi speciali e autonome tra loro.

Una delle innovazioni portate dalla direttiva 2011/83/UE è stata la tipizzazione del contratto di compravendita nei rapporti di consumo. La direttiva definisce, nel suo articolo 2, paragrafo 1, n. 5, il contratto di compravendita come: «qualsiasi contratto in base al quale il professionista trasferisce o si impegna a trasferire la proprietà dei beni al consumatore e il consumatore paga o si impegna a pagare il rispettivo prezzo, compreso qualsiasi contratto che abbia per oggetto simultaneamente beni e servizi». Va notato che la definizione di compravendita copre sia i casi in cui la conclusione del contratto trasferisce la proprietà dei beni sia i casi in cui non lo fa, al fine di superare le differenze tra i sistemi giuridici degli Stati membri dell'Unione Europea.

L'ultima parte dell'art. 2, n. 5 della direttiva 2011/83/UE, che contiene la tipizzazione di un contratto di compravendita, recita: «compreso qualsiasi contratto che abbia come oggetto contemporaneamente beni e servizi». Secondo l'interpretazione di Fabio Bravo, si intende con questo inciso che anche i contratti con causa mista, che implicano allo stesso tempo il trasferimento di beni e la prestazione di servizi, e quelli che contengono un oggetto complesso, saranno

¹⁷¹ LLAMAS POMBO, Eugenio. *La Compraventa*, cit., p. 96.

¹⁷² LLAMAS POMBO, Eugenio. *La vendita e la tutela del consumatore nell'ordinamento spagnolo*, cit.

inquadrate nella tipizzazione in questione. A titolo illustrativo, possiamo immaginare un contratto con un orafo, in cui il professionista fabbrica contemporaneamente un gioiello su richiesta del consumatore e poi lo vende. Un altro esempio potrebbe essere la vendita di un abito da sposa su misura.

In questo contesto, la compravendita elettronica nei rapporti di consumo emerge come una categoria giuridica autonoma, distinta dalle altre compravendite nell'ordinamento giuridico, degna di un'attenzione speciale in questa ricerca dottorale, a causa delle particolarità del suo regime giuridico. Nel Codice civile e nei rapporti di consumo, spiccano le distinzioni tra i regimi giuridici di vendita «tra presenti», vendita «tra assenti», vendita «all'interno dei locali commerciali», vendita «fuori dei locali commerciali», vendita «a distanza», «vendita nazionale», «vendita internazionale», vendita di «beni tangibili», vendita di «beni intangibili», vendita «telefonica», tra gli altri. Così, le vendite possono essere distinte sia dal contenuto del contratto, sia dalla localizzazione delle parti contraenti, e anche dalla forma del contratto¹⁷³. Nonostante i vari tipi di vendita, Pietro Perlingieri nota che la funzione della compravendita è sempre la stessa, non realizzando soltanto interessi patrimoniali, e che, nonostante i microsistemi, non bisogna perdere di vista la struttura unitaria e coerente del sistema¹⁷⁴. D'altra parte, nonostante tutti questi

¹⁷³ LUMINOSO, Angelo. *La Compravendita*. 9ª edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2018, p. 8-9: «La rilevata complessità della disciplina codicistica fa intravedere la possibilità di enucleare, all'interno dell'unitario tipo contrattuale della vendita, una pluralità di figure, possibilità che si accresce alla luce delle novità introdotte dalle leggi speciali successive al codice e dalla prassi delle contrattazioni, dalle quali emerge una variegata gamma di sottospecie di vendita- che chiameremo convenzionalmente "vendite speciali"- e di "variazioni" attinenti ora ai soggetti, ora all'oggetto del contratto, ora alle modalità di contrattazione, ora al luogo o al tempo dell'esecuzione del contratto» (...) «L'altro fenomeno è quello della frammentazione del tipo contrattuale della vendita in una miriade di atteggiamenti, figure e modelli- introdotti dal codice civile, dalle leggi speciali o dalla prassi- ciascuno dei quali si presenta con speciali caratteristiche e variazioni concernenti, a seconda dei casi, i contenuti negoziali, le tecniche di contrattazione, la fattispecie formativa del contratto, gli effetti del contratto e via dicendo».

¹⁷⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Conclusioni dei lavori*, in MEZZASOMA, Lorenzo; RIZZO, Vito; LLAMAS POMBO, Eugenio (a cura di). *La compravendita: realtà e prospettive*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a, 2015, p. 316: «Il contratto di compravendita è certamente fonte di un rapporto patrimoniale, ma lo scambio, nel quale consiste, caratterizza, senza esaurire, la sua funzione concreta che può essere articolata e complessa e come tale alla ricerca di una disciplina che non si

tipi di compravendita, Eugenio Llamas Pombo sottolinea che il consumatore, alla fine, è nella maggior parte dei casi un semplice acquirente¹⁷⁵. Infine, si può osservare che questo universo di vendita ha sia «contingenze» che «convergenze» rispetto al modello unitario tradizionale di compravendita¹⁷⁶.

Il protagonismo del contratto di compravendita di consumo sta aumentando drammaticamente a causa dell'accelerazione della globalizzazione causata dall'avvento dell'*internet* e del commercio elettronico, che ha permesso al consumatore di contrarre in qualsiasi momento, da qualsiasi luogo, relativizzando le distanze, il tempo e lo spazio. Questo perché, come sottolinea Ettore Battelli, anche se è possibile concludere diversi tipi di contratti su *internet*, per la sua anatomia, la compravendita è certamente il tipo contrattuale «connaturale dell'e-commerce»¹⁷⁷. Allo stesso modo, afferma Emilio Tosi che il «tipo negoziale caratteristico», anche se non assorbente, del contratto telematico, è il contratto di compravendita¹⁷⁸. Cioè, nel contesto del commercio elettronico di consumo, la

identifica soltanto con quella specifica della vendita ma che è ricavabile dalla normativa del contratto in generale e da quella dei singoli contratti- e non soltanto di scambio, pur sempre interpretati alla luce dell'intero sistema ordinamentale».

¹⁷⁵ LLAMAS POMBO, Eugenio. *La vendita e la tutela del consumatore nell'ordinamento spagnolo*, in MEZZASOMA, Lorenzo; RIZZO, Vito; LLAMAS POMBO, Eugenio (a cura di). *La compravendita: realtà e prospettive*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a, 2015, p. 151: «il consumatore è (non solo, ma) nella maggior parte dei casi semplicemente un compratore. Il contratto di vendita costituisce quasi sempre la strada di accesso per l'acquisizione di beni di consumo. Di conseguenza, lo studio e la regolamentazione delle vendite di consumo coinvolge, alla fine, praticamente tutti i rapporti del consumatore».

¹⁷⁶ RIZZO, Vito. *Prefazione*, in MEZZASOMA, Lorenzo; RIZZO, Vito; LLAMAS POMBO, Eugenio (a cura di). *La compravendita: realtà e prospettive*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a, 2015, p. 6.

¹⁷⁷ BATTELLI, Ettore. *I contratti del commercio online*, cit., p. 389: «Il tipo connaturale dell'e-commerce è la compravendita, ma nulla esclude la possibilità di concludere telematicamente anche fattispecie negoziali come, ad esempio, il trasporto (...). In tal senso sono numerosi gli operatori economici che offrono ai loro potenziali fruitori prodotti o servizi (...) attraverso una rete di telecomunicazioni».

¹⁷⁸ TOSI, Emilio. *Il contratto virtuale: ricostruzione della categoria negoziale*, cit., p. 92: «Tipo negoziale caratteristico, ma non assorbente, della categoria del contratto virtuale è senz'altro la vendita telematica, che costituisce l'archetipo negoziale del contratto di scambio alla base del commercio elettronico».

compravendita elettronica emerge come una categoria autonoma di contratto a distanza, come il tipo di contratto elettronico per eccellenza.

Il commercio elettronico, prendendo in considerazione il suo modo di esecuzione, si distingue tra il «commercio elettronico diretto» e il «commercio elettronico indiretto». Nel commercio elettronico diretto, sia la conclusione del contratto che il suo adempimento avvengono attraverso l'ambiente virtuale. Nel commercio elettronico *indiretto*, diversamente, anche se il contratto è stato concluso *online*, l'esecuzione del contratto avviene *offline*. Così, nel commercio elettronico indiretto, l'oggetto del contratto di compravendita ha come oggetto i beni tangibili, che devono essere successivamente consegnati fisicamente all'acquirente, utilizzando mezzi di trasporto tradizionali, come avviene nell'acquisto di libri fisici *via internet*. D'altra parte, nel commercio elettronico diretto, l'esecuzione *online* del contratto presuppone la trasmissione di beni immateriali, come la vendita di contenuti digitali, *software*, *e-book*, o, nel contesto dei servizi, la contrattazione di *streaming*.

L'oggetto di questa tesi è il contratto di compravendita che regola il commercio elettronico «indiretto». Le peculiarità della contrattazione elettronica hanno richiesto, e continuano a richiedere, l'adattamento del diritto alle nuove realtà e tecniche di contrattazione, portando alla nascita della «compravendita elettronica di consumo» e delle sue regole particolari. La caratteristica principale della «compravendita elettronica di consumo», che la differenzia da altri tipi di vendita, è l'elemento della sua «forma» di contratto, materializzata da mezzi di comunicazione elettronica, sotto la «forma digitale». Nel commercio elettronico indiretto, la forma elettronica è associata all'aspetto della materialità del bene di consumo venduto su *internet*, che si riflette nel regime giuridico riguardante il tempo e il luogo di esecuzione del contratto. La peculiarità della forma elettronica di conclusione del contratto a distanza si riflette anche nel regime giuridico di formazione e conclusione del contratto, così come nella regolazione di questo nuovo tipo di contratto dal regime giuridico del diritto di recesso previsto dal CDC, aspetti che verranno approfonditi nei capitoli seguenti. Prima, però, per la sua

importanza nel comprendere la compravendita elettronica nei rapporti di consumo, va approfondita la distinzione tra i contratti a distanza e fuori dei locali commerciali.

CAPITOLO II- La compravendita elettronica di consumo

SOMMARIO: 1. Il contratto elettronico come categoria di contratto a distanza; 2. La forma elettronica; 3. La formazione del contratto elettronico; 4. Il formalismo informativo; 5. Il contenuto dell'offerta nel commercio elettronico; 5.1 Il contenuto del formalismo informativo; 6. Adesione e accettazione dell'offerta *point and click*; 7. La compravendita elettronica: disumanizzazione del contratto?

1. Il contratto elettronico come categoria di contratto a distanza

La compravendita elettronica può essere definita come un contratto concluso a distanza, attraverso *internet*. Come vedremo nel paragrafo 3 di questo capitolo, il regime giuridico di formazione dei contratti varia prendendo in considerazione la distinzione tra i contratti stipulati tra presenti e quelli tra assenti, o a distanza. Nel CDC brasiliano, questa distinzione ha acquisito importanza in virtù del suo articolo 49, che regola il diritto di recesso nei contratti stipulati fuori dei locali commerciali e per telefono. A partire da questa disposizione, sarà sviluppata una analisi critica, con lo scopo di verificare la propria incidenza sui contratti elettronici nei rapporti di consumo. L'analisi sarà effettuata sulla base della legislazione e della dottrina comunitaria, italiana e spagnola. Da queste premesse, si propone di introdurre nel diritto brasiliano una corrente dottrinale che differenzi la contrattazione «a distanza», di cui fa parte il «contratto elettronico», da quella che avviene «fuori dei locali commerciali».

Come si può osservare, al momento dell'introduzione dell'istituto del diritto di recesso nel diritto comunitario, la preoccupazione del legislatore è stata quella di proteggere il consumatore contro le vendite aggressive fuori dei locali commerciali, come a domicilio o sul posto di lavoro del consumatore. Proprio a causa di pratiche aggressive, nell'Unione Europea, è stata approvata la direttiva 85/577/CEE, che

considera i contratti «negoziati fuori dei locali commerciali» come quelli stipulati «durante un'escursione organizzata del commerciante al di fuori dei propri locali commerciali» o «durante una visita del consumatore: i) al domicilio del consumatore o a quello di un altro consumatore; ii) sul posto di lavoro del consumatore» (art. 1). In altre parole, secondo il diritto comunitario, la contrattazione fuori dei locali commerciali presuppone la presenza fisica simultanea delle parti contraenti.

Nel diritto brasiliano, sotto l'influenza di questa direttiva, gli autori del CDC hanno creato l'art. 49, disponendo che il contratto può essere sciolto unilateralmente dal consumatore attraverso l'esercizio del diritto di recesso ogni volta che è concluso «fuori dei locali commerciali», «specialmente per telefono o a domicilio»¹⁷⁹. Risulta che, nell'esemplificare i tipi di contratti che vengono negoziati «fuori dei locali commerciali», il legislatore ha incluso in questa categoria sia i contratti «a domicilio» che quelli conclusi «per telefono». Cioè, contraddittoriamente, il legislatore ha incluso la vendita «per telefono» come se fosse un tipo di contratto negoziato «fuori dei locali commerciali», il che ha provocato un'antinomia tra le categorie distinte di contratti negoziati «a distanza» e «fuori dei locali commerciali», disciplinati dall'articolo 49 del CDC. Questo perché il contratto stipulato «per telefono» semplicemente non rientra nella categoria dei contratti conclusi «fuori dei locali commerciali».

Tuttavia, in base all'art. 49 del CDC, l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale prevalente è che il contratto stipulato «a distanza» sarebbe una specie appartenente alla categoria dei contratti stipulati «fuori dei locali commerciali». In questo senso, spicca la tesi di Fabrício Germano Alves e Halissa Reis, secondo i quali la contrattazione fuori dei locali commerciali: «include internet, telefono, vendite a domicilio, tra gli altri, che rendono impossibile per il consumatore fare un chiaro giudizio di valore dell'oggetto o servizio acquistato,

¹⁷⁹ JUNQUEIRA GOMIDE, Alexandre. *Direito de Arrependimento nos Contratos de Consumo*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 52.

come farebbe se fosse di persona»¹⁸⁰. Poi, i suddetti autori rafforzano la loro tesi affermando contraddittoriamente che: «l'espressione "fuori dei locali commerciali" si riferisce all'assenza dell'ambiente fisico del fornitore, e di conseguenza alla distanza dell'oggetto della transazione, che rende impossibile un giudizio di valore più accurato rispetto al prodotto acquistato»¹⁸¹. In senso opposto, interpretando lo stesso articolo 49 del CDC, Fábio Ulhoa Coelho conclude che «l'articolo del CDC non deve essere applicato al commercio elettronico, perché non è una negoziazione concretizzata fuori dei locali commerciali». Questo perché, a suo parere, la conclusione del contratto elettronico non avviene al di fuori dei locali commerciali giacché «il consumatore è a casa, o al lavoro (...) si trova, quindi, nella stessa situazione di chi va nel locale commerciale fisico». Infine, conclude anche che «se il sito *web* non mostra alcuna tecnica aggressiva, il diritto di recesso non è giustificato»¹⁸².

Tuttavia, nella giurisprudenza, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore, nel senso che il contratto elettronico sarebbe un contratto stipulato «fuori dei locali commerciali». In questo contesto, nella decisione resa nel 2006 dalla «3ª Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul», ricorso n. 71000955773, il relatore Eugenio Facchini Neto ha specificato, nel suo voto, che «nel caso di acquisto effettuato fuori dei locali commerciali - via *internet* - è idoneo l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore, ai sensi dell'articolo 49, caput del CDC»¹⁸³. Allo stesso modo, nella decisione proferita nel

¹⁸⁰ Traduzione a cura dell'autore, GERMANO ALVES, Fabrício; REIS, Halissa. *Aplicabilidade do direito de arrependimento no comércio eletrônico em relação aos produtos personalizados*, in *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 17 (32), p. 131.

¹⁸¹ Traduzione a cura dell'autore, GERMANO ALVES, Fabrício; REIS, Halissa. *Aplicabilidade do direito de arrependimento no comércio eletrônico em relação aos produtos personalizados*, cit., p. 132.

¹⁸² In argomento ULHOA COELHO, Fábio. *Curso de direito comercial*. Volume 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2000. In senso contrario DE LUCCA, Newton. *Comércio eletrônico na perspectiva de atualização do CDC*, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. II, n° 3, settembre 2012. Curitiba: Bonijuris, p. 113-132.

¹⁸³ Tribunale di Giustizia del Rio Grande do Sul- TJRS. Corti d'Appello. Ricorso civile 71000955773, della 3ª Corte d'Appello Civile. Richiedente. Terra Networks Brasil S.A. Richiesto.

2021 dalla «2ª Turma Recursal Cível do TJRS», sull'appello n. 71009896689, secondo la relatrice Elaina Maria Canto da Fonseca: «considerando che la vendita è stata effettuata al di fuori del locale commerciale, è possibile la desistenza del contratto, ai sensi dell'articolo 49 del CDC, applicabile ai contratti attraverso *internet*, secondo l'interpretazione dottrinaria e giurisprudenziale»¹⁸⁴.

Come si può osservare, nella dottrina e nella giurisprudenza, i contratti stipulati via *internet* sono stati equiparati, per analogia, ai contratti per telefono, cioè, secondo l'articolo 49 del CDC, come se fossero contratti stipulati «fuori dei locali commerciali». Nel diritto europeo, i contratti «a distanza» e quelli «fuori dei locali commerciali» sono sempre stati considerati come distinti l'uno dall'altro. Nella direttiva 85/577/CEE sono stati regolati soltanto i contratti conclusi «fuori dei locali commerciali», motivo per cui è stata successivamente approvata la direttiva 97/7/CE, specificamente per la contrattazione «a distanza», considerata come quella che «impieghi esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto» (art. 2, n. 1).

All'inizio del XXI secolo, la rivoluzione delle tecniche di comunicazione determinate dall'espansione delle reti *internet* ha determinato l'emergere di *websites* ed *e-marketplaces*, che hanno reso popolare il commercio *online* e la categoria del contratto elettronico nei rapporti di consumo. Questa nuova realtà si è riflessa nell'elaborazione della direttiva 2011/83/UE, che ha sostituito le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE, e il cui testo sottolineava ulteriormente le differenze tra i

Luciane Ávila. Relatore Giudice Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 03.10.2006. Disponibile presso:

https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Turmas%20Recursais&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=7100955773&codEmenta=7706337&temIntTeor=true

¹⁸⁴ Tribunale di Giustizia del Rio Grande do Sul- TJRS. Appello inominato n° 71009896689, della 2ª Corte d'Appello Civile. Richiedente. Andressa Mendes Medeiros. Richiesto. Editora Jurídica do Rio de Janeiro Ltda. Relatore Giudice Elaina Maria Canto da Fonseca. Porto Alegre, 31.03.2021. Disponibile presso:

https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Turmas%20Recursais&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=71009896689&codEmenta=7706337&temIntTeor=true

contratti «a distanza» e quelli «fuori dei locali commerciali». Nella direttiva 2011/83/UE, il contratto «negoziato fuori dei locali commerciali» è venuto per essere definito come quello «concluso alla presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, in un luogo diverso dai locali del professionista» (art. 2, n. 8)¹⁸⁵. Secondo il considerando 21, la protezione del consumatore nei casi di contratti conclusi «fuori dei locali commerciali» è dovuta «all'elemento sorpresa», poiché i consumatori vengono avvicinati impreparati, spesso sotto la pressione psicologica dei venditori, e senza aver avuto il tempo di considerare adeguatamente sull'acquisto dei beni offerti.

D'altra parte, il contratto a distanza è stato definito nella direttiva 2011/83/UE come quello concluso «senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso» (art. 2, n. 7), come ad esempio per posta, *internet*, telefono o fax (considerando 20), ha quindi caratteristiche molto diverse da quelli conclusi «fuori dei locali commerciali». Secondo il considerando 20, i siti *web* che servono solo a mettere a disposizione informazioni sul professionista, contenendo il suo contatto, ma che non permettono di concludere direttamente i contratti, non rientrano nell'ambito dei contratti a distanza. D'altra parte, in alcune situazioni può essere difficile definire se un contratto è stato concluso a distanza o di persona. Tra queste situazioni si trova quella in cui il consumatore visita il locale commerciale solo per raccogliere informazioni sui beni o servizi, ma le successive negoziazioni e la conclusione del contratto avvengono a distanza. In accordo con il considerando 20, in queste situazioni il contratto deve essere considerato come concluso a distanza.

Ci sono anche ipotesi in cui il contratto viene negoziato nel locale commerciale del professionista, ma concluso tramite comunicazione a distanza; o, al contrario,

¹⁸⁵ Secondo l'articolo 2, 9 della direttiva, i locali commerciali sono: a) qualsiasi locale immobile adibito alla vendita al dettaglio in cui il professionista esercita la sua attività su base permanente; oppure b) qualsiasi locale mobile adibito alla vendita al dettaglio in cui il professionista esercita la propria attività a carattere abituale.

quando le trattative contrattuali sono state avviate tramite comunicazione a distanza, ma successivamente concluse nel locale commerciale del professionista¹⁸⁶. La direttiva stabilisce, tuttavia, che in quest'ultima ipotesi, il contratto non deve essere considerato concluso a distanza. Infine, la direttiva esclude dal concetto di contratto a distanza quelle situazioni in cui il consumatore, attraverso mezzi di comunicazione a distanza, fa una prenotazione per la prestazione di servizi, come ad esempio prendere un appuntamento con un parrucchiere. Pur esponendo tutte queste linee guida, il considerando 13 autorizza gli Stati membri dell'Unione Europea ad applicare le disposizioni della direttiva 2011/83/UE anche ai contratti che non sono considerati «a distanza» nella sua definizione.

In questo senso, spiega Francesco Paolo Patti che: «nell'ambito dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali, lo ius poenitendi è destinato a proteggere il consumatore rispetto ad una tecnica commerciale idonea a coglierlo di sorpresa (...) il consumatore, oltre a non essere sufficientemente preparato all'incontro con il professionista, neppure è mosso dall'intenzione di stipulare un contratto» «nei contratti a distanza, invece, il motivo di un diritto di recesso risiede nella lontananza che separa i due contraenti, dalla quale deriva a) la difficoltà per il consumatore di sincerarsi della serietà dell'altro contraente; b) l'impossibilità per il consumatore di esaminare materialmente il bene che si accinge ad acquistare; e, conseguentemente c) la difficoltà di valutare se il bene offerto risponda realmente alle sue esigenze»¹⁸⁷. Nello stesso modo, secondo le parole di Ettore Battelli: «mentre i contratti negoziati

¹⁸⁶ VALENTINO, Daniela. *I contratti a distanza e gli obblighi di informazione*, in *Il diritto dei consumi*. Vol. I. PERLINGIERI, Pietro; CATERINI, Enrico (a cura di). Rende: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, p. 252-254: «La disciplina non sarà applicabile se l'utilizzo delle tecniche a distanza ha caratterizzato una sola fase del procedimento negoziale»; «Le tecniche di comunicazione devono, inoltre, essere utilizzate dall'operatore sistematicamente, nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal fornitore; restano, pertanto, soggette alla precedente regolamentazione del d. leg n. 50 tutte le negoziazioni nelle quali la tecnica di comunicazione a distanza è meramente occasionale ed eventuale».

¹⁸⁷ PATTI, Francesco Paolo. *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Europa e diritto privato* (Fasc.4- 2012). Milano: Giuffrè Editore, p. 1013.

fuori dei locali commerciali si caratterizzano per una tipica potenzialità aggressiva legata al c.d. “effetto sorpresa” che presuppone, in linea generale, la presenza fisica e contestuale delle parti contraenti, con la conseguente possibilità di un margine di negoziazione e di documentazione scritta, invece nei contratti a distanza l’elemento distintivo e qualificante è rappresentato dal superamento dell’unità spazio-temporale tra consumatore e professionista e tra consumatore e bene offerto»¹⁸⁸.

Come si può osservare, nel diritto comunitario i contratti conclusi «a distanza» e quelli «fuori dei locali commerciali» *stricto sensu* non si confondono, visto che l'aggressività delle due forme di conclusione contrattuale ha una natura distinta. Nell'ambito dei contratti stipulati «fuori dei locali commerciali», con la presenza fisica simultanea delle parti contraenti, il diritto di recesso si basa principalmente sulla vulnerabilità del consumatore all'elemento sorpresa. Nell'ambito dei contratti stipulati «a distanza», diversamente, la stessa tutela è giustificata sia dalla distanza tra il consumatore e il professionista, sia dalla distanza tra il consumatore e il prodotto da acquistare, che rende impossibile al consumatore esaminare il bene, verificarne le caratteristiche essenziali e, infine, valutare adeguatamente la convenienza del contratto da concludere, rendendo difficile la formazione della volontà negoziale del consumatore.

Nel diritto brasiliano, l'avvento delle tecnologie dell'informazione ha anche determinato la necessità di adattamento del CDC alla nuova realtà della contrattazione elettronica, il che ha portato alla elaborazione del disegno di legge n. 3514/2015, attualmente in corso di esame al Congresso Nazionale. Così, nel capitolo V del CDC, che tratta delle «pratiche commerciali», è stata introdotta la sezione VII, dedicata alla «protezione dei consumatori nel commercio elettronico e a distanza». L’art. 49 è stato cambiato con la seguente disposizione: «Il consumatore può desistere della contrattazione a distanza nel termine di 7 giorni dall’accettazione dell’offerta, dal ricevimento o dalla disponibilità del prodotto o

¹⁸⁸ BATTELLI, Ettore. *I contratti a distanza e i contratti fuori dai locali commerciali*, in RECINTO, Giuseppe; MEZZASOMA, Lorenzo; CHERTI, Stefano. *Diritti e tutele dei consumatori*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 212 e 213.

servizio, quello che si verifichi per ultimo». Succede che, nel secondo comma dell'art. 49 del CDC è stato incluso il concetto secondo il quale la contrattazione «fuori dei locali commerciali», sarebbe un tipo di contratto «a distanza», nei seguenti termini: «si intende per contrattazione a distanza quella che si realizza fuori dei locali commerciali o senza la presenza fisica simultanea del consumatore e del fornitore, specialmente a domicilio, per telefono, per posta, mezzo elettronico o simili»¹⁸⁹.

Come si può osservare, con l'intenzione di correggere l'errore nella formulazione dell'attuale articolo, il legislatore brasiliano incorre in un altro errore, dato che la modalità di contrattazione a distanza non si confonde con quella fuori dei locali commerciali¹⁹⁰. Dalla nuova formulazione contenuta nell'art. 49 del disegno di legge n. 3514/2015, si rileva che il legislatore sostituisce, nel primo comma, la categoria dei contratti stipulati «fuori dei locali commerciali» con quella dei contratti negoziati «a distanza» includendo, contraddittoriamente, al comma 2, la prima come specie della seconda. In altre parole, in modo errato, la relazione contraddittoria tra genere e specie stabilita nella formulazione originale dell'art. 49 del CDC è stata invertita, senza che l'antinomia che ne risulta sia stata rimediata.

¹⁸⁹ Art. 49, § 2º PL 3514/15: «*Por contratação a distância entende-se aquela efetivada fora do estabelecimento ou sem a presença física simultânea do consumidor e do fornecedor, especialmente em domicílio, por telefone, por reembolso postal ou por meio eletrônico ou similar*».

¹⁹⁰ BATTELLI, Ettore. *I contratti a distanza e i contratti fuori dai locali commerciali*, cit., p. 212-213: «La caratteristica dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali è che, di regola, mentre il commerciante prende l'iniziativa delle trattative, il consumatore è impreparato di fronte a queste trattative e si trova preso di sorpresa, cosicché non ha spesso la possibilità di confrontare la qualità e il prezzo che gli vengano proposti con altre offerte»; «Nel caso dei contratti a distanza la ratio è, invece, da ravvisare in primo luogo nell'esigenza di tutelare il consumatore che, a causa della distanza, si trovi nell'impossibilità di visionare il bene od il servizio offerto, ovvero di conoscere con sufficiente precisione le caratteristiche e le qualità e nell'oggettiva difficoltà di prendere consapevole coscienza delle relative condizioni contrattuali prima della conclusione del contratto»; «Mentre i contratti negoziati fuori dei locali commerciali si caratterizzano per una tipica potenzialità aggressiva legata al c.d. "effetto sorpresa" che presuppone, in linea generale, la presenza fisica e contestuale delle parti contraenti, con la conseguente possibilità di un margine di negoziazione e di documentazione scritta, invece nei contratti a distanza l'elemento distintivo e qualificante è rappresentato dal superamento dell'unità spazio-temporale tra consumatore e professionista e tra consumatore e bene offerto».

Il conflitto di norme che risulta dalla confusione tra genere e specie di contratti «a distanza» e «fuori dei locali commerciali», sottoposti allo stesso regime giuridico, provoca una lacuna di collisione¹⁹¹ che ostacola la comprensione e l'applicazione dell'art. 49 del vigente CDC. Purtroppo, questa lacuna di collisione non viene sanata dalla nuova formulazione dell'art. 49 proposta nel disegno di legge n. 3514/2015. La persistente indistinzione tra le modalità di conclusione del contratto impedisce la corretta classificazione giuridica dei contratti elettronici come contratti conclusi «a distanza», che non possono essere confusi con quelli conclusi «fuori dei locali commerciali»¹⁹². Questa indistinzione finisce per portare a una mancanza di protezione del consumatore perché, come afferma Guido Alpa, più si distingue, più si protegge¹⁹³. Il consumatore merita una protezione specifica nella contrattazione elettronica, a causa delle sue varie peculiarità, così diverse dalla contrattazione «fuori dei locali commerciali».

Data la difficoltà esposta, sia dall'art. 49 del CDC in vigore che dal disegno di legge n. 3514/2015, spetta alla dottrina e alla giurisprudenza, attraverso l'interpretazione sistematica, correggere la legge in vigore, per rimediare a questa contraddizione. In questo contesto, mirando a dare un'interpretazione conforme alla disciplina di protezione del consumatore come categoria socialmente debole, si conclude che nel CDC si identificano come categorie autonome, sia i contratti conclusi «tra presenti», «fuori dei locali commerciali», sia i contratti conclusi «tra assenti» o «a distanza», nel cui ambito sono compresi quelli conclusi per telefono e i contratti elettronici, la cui specifica regolamentazione si trova nella sezione VII, capitolo V del CDC. Così, partendo dalla premessa che la «compravendita elettronica nei rapporti di consumo» costituisce una categoria giuridica autonoma

¹⁹¹ Espressione utilizzata da CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 218-224.

¹⁹² DE LUCCA, Newton. *O direito de arrependimento no âmbito do comércio eletrônico*, in *Revista Luso-brasileira de direito do consumo*, vol. II, n. 4, dezembro de 2012, p. 21: «Por serem celebradas, como se afirmou, no âmbito do espaço virtual, devem ser consideradas como feitas a distância, tal como se entendeu, acertadamente, na União Europeia».

¹⁹³ ALPA, Guido. *Status e capacità*, cit., p. 3-5.

di contratto, distinta dalle altre compravendite, soggetta a un regime giuridico differenziato, questo capitolo sarà dedicato allo studio della formazione di questo nuovo tipo contrattuale. Nel terzo capitolo, a sua volta, si analizzerà il diritto di recesso e il suo esercizio, e infine, nel quarto capitolo, gli effetti dell'esercizio del diritto di recesso.

2. La forma elettronica

L'incessante sviluppo delle tecnologie dell'informazione, un fenomeno recente nella storia umana, ha modificato la realtà sociale ed economica su scala globale. Tra le sue varie sfere di attività, le nuove tecnologie hanno permesso la trasposizione di una gran parte dell'attività economica allo spazio virtuale. Parallelamente al modello di distribuzione tradizionale, è venuto a coesistere quello che si svolge attraverso mezzi elettronici, generando il concorso tra due realtà diverse¹⁹⁴. Il commercio elettronico, nel permettere di stipulare contratti a distanza, come se si fosse di persona, ha rivoluzionato il processo di acquisizione di beni e servizi, rompendo le barriere fisiche e temporali tipiche delle forme tradizionali di contrattazione tra consumatore e professionista. L'avvento della tecnologia dell'informazione e della forma elettronica si riflette nell'emergere di un nuovo modo di contrattare, sotto la forma elettronica, che si traduce nella necessità di analizzare il rapporto stabilito tra questa nuova forma e la prova degli atti giuridici in generale.

La forma, nel diritto contrattuale moderno, ha una gamma di significati e funzioni, trattandosi di una terminologia polisemantica¹⁹⁵. La dottrina individua almeno tre significati distinti, cumulativi o meno, per la definizione di forma. La

¹⁹⁴ BATTELLI, Ettore. *I contratti del commercio online*, cit., p. 388.

¹⁹⁵ Sulla caratteristica polisemantica della forma, si veda PAGLIANTINI, Stefano. *Il neoformalismo contrattuale dopo i D.lgs. 141/2010, 79/2011 e la Direttiva 2011/83/UE: una nozione (già) vieille renouvelée*, in *Persona e Mercato*. Vol. 4, 2011, p. 251.

forma contrattuale, nel suo senso più ampio, esprime Pietro Perlingieri, è «il veicolo mediante il quale l'assetto di interessi composto dalle parti risulta oggettivamente riconoscibile»¹⁹⁶. Nello stesso senso, Cesare Massimo Bianca dichiara di essere la forma, «il mezzo attraverso il quale le parti manifestano il loro consenso»¹⁹⁷, che rappresenta la massima espressione del principio di libertà contrattuale. La forma *lato sensu*, è il mezzo attraverso il quale le manifestazioni della volontà vengono esteriorizzate, sia attraverso la parola, i gesti, la scrittura o il *point and click* in pulsanti virtuali, diventando percepibili e comprensibili attraverso i sensi.

Per quanto riguarda la forma, è importante non confondere il concetto di forma come modo di esternare atti e negozi giuridici, o contratti, con la formalità o solennità richiesta come requisito per la validità degli atti¹⁹⁸. La forma come requisito di validità del negozio giuridico, sottolinea Francisco Amaral, è governata da due principi opposti, il «formalismo», dal quale si richiede, a pena di nullità¹⁹⁹, il rispetto della forma prescritta dalla legge (art. 108 c.c. brasiliano) o dalla volontà delle parti (artt. 109 c.c. brasiliano)²⁰⁰, e il «consensualismo», che conferisce libertà di forma (art. 107 c.c. brasiliano)²⁰¹. Nel primo caso, la forma è «*ad substantiam*», nel secondo, la forma è «*ad probationem*». Nell'epoca delle codificazioni, il principio del consensualismo si è stabilito come regola predominante, da cui la forma assume essenzialmente la funzione di provare l'esistenza di rapporti

¹⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 9^a edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 512.

¹⁹⁷ BIANCA, Cesare Massimo. *Istituzioni di diritto privato*. Milano: Giuffrè Editore, 2014, p. 403.

¹⁹⁸ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. 7^a edizione. São Paulo: Renovar, 2008, p. 422.

¹⁹⁹ BIANCA, Cesare Massimo. *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 403.

²⁰⁰ Art. 1352 c.c. italiano (Forme convenzionali). Se le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, si presume che la forma sia stata voluta per la validità di questo.

²⁰¹ Art. 1325 c.c. italiano. I requisiti del contratto sono: (...) 4) la forma, quando risulta che e' prescritta dalla legge sotto pena di nullità.; art 1500 c.c. español. El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.

giuridici²⁰². Così, nel diritto brasiliano, l'art. 107 del Codice civile prevede che «la validità della dichiarazione di volontà non dipende da una forma speciale, tranne quando la legge lo richiede espressamente». Tuttavia, quando l'oggetto del contratto è la costituzione, l'alienazione, la modifica o la rinuncia di diritti reali su beni immobili, con un valore non inferiore a trenta volte il salario minimo più alto, l'art. 108 del Codice civile prevede che la forma della scrittura pubblica è *ad substantiam*.

La forma, come mezzo attraverso il quale si esprime la volontà di atti o negozi giuridici, può essere tacita o espressa, verbale o scritta, per strumento privato o pubblico; la forma scritta può essere sia scritta a mano o a macchina, stampata su carta o registrata in supporti elettronici. Come si è visto, di un altro ordine, estraneo alla classificazione dei contratti consensuali e formali o solenni, è la categoria autonoma dei contratti in forma elettronica. Il contratto in forma elettronica non è di per sé un contratto formale, poiché non richiede la scrittura pubblica o la scrittura privata. Ciò non impedisce che in certi tipi di contratti elettronici, la forma sia solenne, come requisito di validità del contratto.

Pertanto, anche se i contratti in forma elettronica non sono di per sé solenni, in conformità con il mondo fisico, ci possono essere ipotesi specifiche in cui sia richiesta una procedura speciale per provare l'identità delle parti e le loro dichiarazioni di volontà²⁰³. Fabiano Menke spiega che il mondo virtuale riproduce il mondo fisico, e usa quest'ultimo come paradigma, motivo per cui il principio della libertà delle forme si applica anche lì²⁰⁴. Tuttavia, la maggior parte dei contratti di consumo, per loro natura, hanno la forma convenzionale, caratteristica che viene riprodotta nella realtà virtuale. Come chiarisce Rocco Favale, la validità dei contratti di consumo non è subordinata alla forma del contratto come requisito *ad*

²⁰² GENTILI, Aurelio. *Documento elettronico: validità ed efficacia probatoria*, in CLARIZIA, Renato (a cura di). *I contratti informatici*. Torino: UTET giuridica, 2007, p. 130.

²⁰³ MENKE, Fabiano. *Apontamentos sobre o comércio eletrônico no direito brasileiro*, cit., p. 365.

²⁰⁴ MENKE, Fabiano. *Apontamentos sobre o comércio eletrônico no direito brasileiro*, cit., p. 365.

substantiam, anche se la sua veste può assumere varie forme²⁰⁵, come quella elettronica. Il contratto di compravendita di consumo, oggetto della presente tesi, è un contratto consensuale, che non richiede forma solenne, che si riflette nella compravendita elettronica.

Il passaggio dall'uso di documenti cartacei a documenti informatizzati è segnato dall'incertezza giuridica sulla validità di questi ultimi. In questa transizione, è stato necessario lo sviluppo di meccanismi capaci di provare l'identità delle parti e di garantire l'immodificabilità della documentazione digitale. I contratti elettronici consistono nell'amalgama di dichiarazioni negoziali giuridicamente rilevanti contenute in un documento informatico. Così, i contratti conclusi via *internet*, sia nei rapporti di consumo come tra professionisti, sono considerati documenti informatici. In Brasile, il riconoscimento della validità del documento informatico è avvenuto, inizialmente, attraverso la Misura Provvisoria 2.200-2, del 24 agosto 2001, dalla quale è stata istituita la «*Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil*», «per garantire l'autenticità, l'integrità e la validità legale dei documenti in forma elettronica, delle applicazioni di supporto e delle applicazioni abilitate che utilizzano certificati digitali, così come le transazioni elettroniche sicure».

In Brasile, Italia e Spagna è pienamente riconosciuta la validità dei documenti elettronici e, di conseguenza, del contratto elettronico. La forma elettronica, dunque, caratteristica dei contratti elettronici, si trova nel campo del significato della forma *lato sensu*, in quanto mezzo di esteriorizzazione della manifestazione della volontà. Infine, si può concludere che la caratteristica differenziale del commercio elettronico non si riferisce ai soggetti, agli oggetti, né al tipo di contratto²⁰⁶, comprendono varianti in tutti questi aspetti. Ciò che caratterizza una contrattazione attraverso mezzi virtuali è precisamente l'uso dell'informatica come mezzo per trasmettere la manifestazione di volontà, con lo scopo di formare e

²⁰⁵ FAVALE, Rocco. *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contratto e Impresa* n. 2 luglio-dicembre 2012. Padova: Wolters Kluwer Italia Srl, 2012, p. 588.

²⁰⁶ TOSI, Emilio. *Il contratto virtuale: ricostruzione della categoria negoziale*, cit., p. 80.

concludere il contratto. L'uso di strumenti informatici per scopi commerciali è chiamato contrattazione elettronica o telematica²⁰⁷. Una delle caratteristiche fondamentali della contrattazione *via siti web o via e-mail* si trova proprio nella forma del contratto, chiamata forma digitale o elettronica. È la forma digitale che distingue i contratti elettronici dagli altri tipi di contratti, stipulati tra i presenti o a distanza, per corrispondenza o per telefono.

Come descrive Emilio Tosi «l'utilizzo della forma informatica-telematica non è priva di effetti sul procedimento formative del contratto: il substrato tecnologico scelto condiziona, quindi, non solo la forma della manifestazione di volontà ma anche, si ribadisce, il procedimento formativo»²⁰⁸. In questo senso, tenendo conto che la forma del contratto condiziona anche la sua formazione, nel prossimo paragrafo sarà analizzato precisamente la formazione del contratto sotto la forma elettronica.

3. La formazione del contratto elettronico

Nel diritto dei contratti, con l'obiettivo di definire il regime giuridico che regolerà il momento della sua conclusione, è classica la distinzione tra i contratti conclusi «tra presenti» e «tra assenti». I contratti, in generale, sono negoziati tra presenti. Nei rapporti di consumo, i contratti «tra presenti», tradizionalmente, erano quelli la cui conclusione avveniva con la presenza fisica simultanea delle parti. Il regime speciale per la formazione del contratto «tra assenti», a sua volta, è stato creato per sostenere la contrattazione tramite lettere, in cui le parti non erano fisicamente e simultaneamente presenti tra loro, rendendo più complessa la verifica del momento esatto della conclusione del contratto. Con l'avvento

²⁰⁷ DELFINI, Francesco. *Forma Digitale, contratto e commercio elettronico*. Milano: UTET Giuridica, 2020, p. 43.

²⁰⁸ TOSI, Emilio. *Contratti informatici, telematici e virtuali. Nuove forme e procedimenti formativi*, cit., p. 47.

delle nuove tecnologie di comunicazione di *internet*, tuttavia, è sorta una nuova possibilità di celebrare contratti tra assenti, in forma elettronica, attraverso la posta elettronica o *e-mail*, che ha rivoluzionato la tradizionale comunicazione a distanza, erodendo il monopolio della posta tradizionale conferito allo Stato brasiliano nell'art. 21 della Costituzione.

Nel XX secolo, l'invenzione del telefono ha permesso di concludere contratti a distanza come se fossero tra «presenti». In linea con questo tipo di contrattazione, l'art. 428, I del Codice civile brasiliano ha regolato questa nuova realtà nel prevedere che «si considera presente anche la persona che contratta per telefono o mezzi di comunicazione simili». Nel momento in cui fu promulgato il nuovo Codice civile il legislatore brasiliano non aveva ancora individuato gli effetti nel diritto contrattuale derivanti dalle nuove tecnologie dell'informazione, che avrebbero sancito il contratto elettronico come una forma rivoluzionaria di contratto a distanza: la conclusione di contratti a distanza attraverso piattaforme *internet*, per analogia con il telefono, si inserisce in questa modalità di contrattazione prevista dall'art. 428, I del Codice civile, ossia, regolata dal regime giuridico della contrattazione tra presenti.

La formazione contrattuale è il momento e il modo in cui il contratto si costituisce, risultato dell'incontro di due manifestazioni di volontà, la proposta e l'accettazione. Tutti i contratti hanno un ciclo di vita, composto da tre fasi notevoli, la «generazione», il «perfezionamento» e l'«esecuzione»²⁰⁹. Come sottolinea Cesar Viterbo Matos Santolim, «la formazione delle obbligazioni è suscettibile di un apprezzamento logico e cronologico, che sia capace di determinare la distinzione tra la contrattualità già configurata e una fase che la precede: il precontratto»²¹⁰.

²⁰⁹ Sulla formazione del contratto ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina. *Perfección del contrato*. Barcelona: Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, 1989. DíEZ-PICAZO, Luís; PONCE DE LEÓN. *La formación del contrato*, in *Anuario de Derecho Civil*, 1995.

²¹⁰ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Formação e Eficácia Probatória dos Contratos por Computador*. São Paulo: editora Saraiva, 1995, p. 3: «a formação obrigacional é suscetível de apreciação lógica e cronológica, que seja capaz de determinar a distinção entre a contratualidade já configurada e uma fase que a precede: o pré-contrato».

All'interno del periodo precontrattuale, che culmina nella formazione del contratto, si possono distinguere i seguenti elementi che spiccano: 1) trattative preliminari *stricto sensu*, abolite nel caso dei contratti per adesione; 2) proposta, che è una manifestazione di volontà che esprime la volontà definitiva e completa di contrarre²¹¹ e, infine, 3) l'accettazione²¹², che, combinati, portano alla nascita del contratto. Il perfezionamento del contratto è, secondo Enrique Lalaguna Domínguez: «*de un lado, el momento en que se concluye el proceso formativo y, de otro, el momento en que se inicia la existencia del contrato y la producción de sus efectos*»²¹³. È a partire da questo momento che si applica il principio dell'efficacia obbligatoria del contratto, e la sua osservanza da parte di una qualsiasi delle parti contraenti diventa esigibile. Nella contrattazione elettronica, l'offerta e l'accettazione, la cui combinazione porta alla formazione del contratto, sono manifestate dalle parti nel cyberspazio²¹⁴.

L'ipotesi della formazione del contratto attraverso posta elettronica, per mezzo dei quali le parti contraenti stabiliscono una comunicazione diretta (*one to one*), è analoga alla posta fisica tradizionale, e soggetta alle regole della formazione dei

²¹¹ MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. *La Oferta Contractual*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1998, p. 21. Si veda anche PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial, Tomo XXXVIII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 26, secondo il quale l'offerta è: «*a primeira manifestação de vontade, a que se há de seguir a aceitação, para que se conclua o negócio jurídico bilateral*»; GUILLÉN CATALÁN, Raquel. *El régimen jurídico de la oferta contractual dirigida a consumidores*. Madrid: Fundación Registral, 2010.

²¹² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume III. Rio de Janeiro: editora Forense, 1997, p. 19.

²¹³ LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique. *El Contrato: estructura, formación y eficacia*. Valencia: tirant lo blanch, 1997, p. 107.

²¹⁴ VEGA VEGA, José Antonio. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. Colección de derecho de las nuevas tecnologías, cit., p. 68; ALTMARK, Daniel Ricardo. *La etapa precontractual en los contratos informáticos*, in ALTMARK, Daniel Ricardo (director); BIELSA, Rafael A. (coordinador). *Informática y derecho. Aportes de doctrina internacional*. Volumen 1. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1987. GRIMALT SERVERA, Pedro. *La formación del contrato celebrado por medios electrónicos*, in PARRA LUCÁN, María Ángeles (directora). *Negociación y perfección de los contratos*. Navarra: Thomson Reuters, 2014.

contratti tra assenti²¹⁵. In questo tipo di contrattazione attraverso «mezzi indiretti di comunicazione»²¹⁶, il professionista ha il dovere, in linea con il sistema della lettera tradizionale, di controllare periodicamente la sua posta elettronica o equivalente, in vista della «presunzione di conoscenza». Nonostante la possibilità di contrattazione elettronica attraverso «e-mail» e altri mezzi di comunicazione simili, questo tipo di e-commerce non è comune nei rapporti di consumo, a causa del grande volume di contrattazione, che impedisce l'effettiva negoziazione tra le parti. Per questo motivo, è molto più diffusa la contrattazione elettronica del consumo su «siti web» e «piattaforme elettroniche», attraverso il sistema «point and click», che permette la contrattazione di massa.

Analogamente alla contrattazione per telefono, anche la contrattazione elettronica di consumatori attraverso i «siti web» e le «piattaforme elettroniche» ha rivoluzionato il modo in cui si esprime la volontà negoziale. Questo perché la contrattazione attraverso i siti web permette alle persone fisicamente assenti di stipulare un contratto istantaneamente, regolato dalle regole di contrattazione tra «presenti» di cui all'art. 428, I, del Codice civile brasiliano, in analogia con la contrattazione per telefono²¹⁷. In questo senso, secondo gli autori Valentín Carrascosa López, Maria Pozo Arranz e Eduardo Pedro Rodríguez de Castro, i

²¹⁵ MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel. *Contratos electrónicos*, cit., p. 37: «Si somos una empresa que ofrece a sus clientes habituales, vía correo electrónico, una serie de condiciones sobre sus productos, la respuesta no tiene que ser inmediata (...). En este caso estamos más cerca de la contratación entre ausentes»; BATTELLI, Ettore. *I contratti del commercio online*, cit., p. 407-409. Secondo Ettore Battelli, si possono distinguere due grandi categorie attraverso le quali si formano i contratti elettronici, quella attraverso la comunicazione diretta e quella attraverso la comunicazione indiretta. Nella contrattazione elettronica mediante comunicazione indiretta, la formazione del contratto avviene in modo analogo alla tradizionale teoria della formazione del contratto prevista dai codici civili.

²¹⁶ BATTELLI, Ettore. *I contratti del commercio online*, cit., p. 407 e 408.

²¹⁷ PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Formación del contrato*, in BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (coord.). *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. Madrid: La ley, 2001, p. 414: «La electrónica, en definitiva, no deja sino de ser el medio de expresión de una voluntad (...). En ese sentido entendemos que se pueden proyectar a los modernos medios de comunicación la teoría general del negocio jurídico, particularmente las reglas sobre la oferta y la aceptación como determinantes de la perfección contractual».

contratti stipulati nei siti *web* sono regolati dal regime della contrattazione tra «presenti», tenendo conto che «*es la falta de intercambio inmediato de declaraciones de voluntad la que determina la ausencia en la contratación*»²¹⁸. In questo contesto, Miguel Ángel Moreno Navarrete conclude che in questo tipo di contrattazione automatizzata non ha senso discutere le teorie della conoscenza e dell'emissione, sulla contrattazione tra assenti, perché «*la emisión de aceptación y la recepción de la misma se produce casi en tiempo real*», fondendosi nel tempo²¹⁹.

Attraverso i siti *web*, il professionista costruisce un negozio virtuale per offrire i suoi prodotti o servizi, descrivendo le loro caratteristiche e i rispettivi prezzi. L'offerta di prodotti e servizi sui siti *web* equivale alla proposta di contrattazione²²⁰. Essendo rivolta a un numero indeterminato di individui, l'offerta di prodotti «*online*» è classificata come un'offerta al pubblico²²¹. I contratti attraverso «siti *web*» sono anche chiamati «*point and click agreements*», in riferimento al movimento del «*mouse*» di puntare e cliccare su «pulsanti telematici», «icone» e «immagini» del sito *web* durante la formazione del contratto. Si tratta di una contrattazione meccanica, poiché il professionista non è effettivamente presente, e le sue azioni sono automatizzate attraverso la programmazione del sito. Il consumatore può selezionare diversi prodotti e aggiungerli al suo carrello virtuale,

²¹⁸ CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín; POZO ARRANZ, María Asunción; RODRÍGUEZ DE CASTRO, Eduardo Pedro. *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, cit., p. 25. Si veda anche PINOCHET OLAVE, Ruperto. *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, cit., p. 48-49: «*creemos en definitiva que lo fundamental a la hora de determinar si un medio de contratación es clasificado como entre ausentes o entre presentes no es el hecho de que se encuentren juntos físicamente, sino el expresado, en el sentido de que puedan mantener comunicación instantánea*»; MAGALHÃES MARTINS, Guilherme. *Formação dos contratos eletrônicos via internet*. 2ª edizione. São Paulo: Lumen Juris Editora, 2010, p. 141.

²¹⁹ MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel. *Contratos electrónicos*, cit., p. 37. Si veda anche PINOCHET OLAVE, Ruperto. *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, cit., p. 56: «*En todo caso, los efectos jurídicos serán prácticamente los mismos que los generados por la contratación entre presentes, pues como hemos dicho y siguiendo la teoría de la recepción, la aceptación llegará a conocimiento inmediato del oferente - memoria de su ordenador - momento desde el cual se presumirá perfeccionado el contrato*».

²²⁰ DELFINI, Francesco. *Forma digitale, contratto e commercio elettronico*, cit., p. 90.

²²¹ TOSI, Emilio. *Il contratto virtuale: ricostruzione della categoria negoziale*, cit., p. 111.

scegliendo di fare l'acquisto immediatamente o in un momento successivo. Oltre al «point» e al «click», il consumatore deve compilare dei moduli virtuali, identificandosi e comunicando, nel caso del commercio elettronico indiretto, l'indirizzo dove verrà spedita la merce.

Secondo Carlos de Jorge Pérez, i *point and click agreements* sono quelli contratti in cui, per mezzo del *click*, «*existe un ato consciente y activo de voluntad por parte del usuario que acredita su intención de subscribir el contrato para recibir el producto o servicio que se trate, adhiriéndose a los clausulados que el prestador del servicio impone para poder continuar el proceso de transacción*»²²². Pertanto, i contratti elettronici *point and click* sono contratti per adesione, caratterizzati dalla loro celerità, automaticità e semplicità di conclusione.

Tra i contratti elettronici conclusi su siti *web*, attraverso il sistema *point and click*, si distingue tra quelli su «siti *web* ordinari», in cui il professionista offre prodotti direttamente al consumatore sul suo proprio «sito», e le cosiddette «piattaforme digitali», «piattaforme elettroniche» o «*e-marketplaces*»²²³, in cui un certo numero di professionisti «*ofertan sus productos a través del canal de venta que construye la plataforma*»²²⁴, cioè come un vero mercato digitale. Teresa Rodríguez de las Heras Ballell descrive l'esistenza di due tipi distinti di rapporti tra soggetti sulle piattaforme digitali: «*la vertical, entre el operador y los usuarios de*

²²² JORGE PÉREZ, Carlos de. *Click, browse and log-in agreements: ¿Sabemos qué contratamos en internet?*, in BUENO DE MATA, Federico (coord.). *Fodertics 6.0: los nuevos retos del derecho ante la reta digital*. Granada: Editorial Colmares, S.L, 2017, p. 350.

²²³ Ai sensi della direttiva 2019/2161/UE «mercato online» costituisce «un servizio che utilizza un software, compresi siti web, parti di siti web o un'applicazione, gestito da o per conto del professionista, che permette ai consumatori di concludere contratti a distanza con altri professionisti o consumatori».

²²⁴ ÁLVAREZ MORENO, María Teresa. *La contratación electrónica mediante plataformas en línea: modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores*. Madrid: Editorial Reus, 2021, p. 12-41: «*podríamos concluir que las plataformas electrónicas (especialmente las transaccionales) son prestadores de servicios de la información que realizan una intermediación mediante la cual ponen a disposición de las futuras partes contratantes el canal adecuado y los medios técnicos e informáticos necesarios, para que se pueda concluirse el contrato relativo al bien o servicio que interesa*».

la plataforma y, la horizontal, los usuarios entre sí»²²⁵. Queste piattaforme possono essere distinte tra «piattaforme non transazionali» e «piattaforme transazionali»²²⁶. Mentre le prime agiscono solo allo scopo di permettere l'accesso e il raggruppamento delle informazioni, le seconde permettono la conclusione effettiva di un contratto. In questo modo, le piattaforme transazionali costituiscono «*un entorno digital cerrado de interacción múltiple entre los usuarios, gestionado centralizadamente por un operador*», nel quale è possibile instaurare rapporti contrattuali tra i partecipanti²²⁷.

In conclusione, il contratto elettronico oggetto della presente analisi può essere definito come un contratto concluso a distanza, in forma elettronica, attraverso siti *web*. Questo nuovo tipo di contratto ha caratteristiche distinte da quelle dei contratti conclusi tra presenti, dato che è un contratto concluso a distanza. D'altra parte, non viene anche confuso con i tradizionali contratti conclusi a distanza, attraverso la posta o qualsiasi altra forma equivalente di comunicazione a distanza. Questo perché le nuove tecnologie hanno permesso di concludere istantaneamente i contratti stipulati a distanza, per cui, ai sensi dell'art. 428, I, del Codice civile,

²²⁵ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa. *La contratación en plataformas electrónicas en el marco de la estrategia para un mercado único digital en la Unión Europea*, in PASTOR GARCÍA, Alicia María; MARTENS JIMÉNEZ, Isabel; CASTILLO PARRILLA, José Antonio (Dir). *El mercado digital en Unión Europea*, 2019, p. 105. Si veda anche GARCÍA MONTORO, Lourdes. *El futuro del mercado digital único pasa por la regulación de las plataformas online*, in *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2016, p. 3: «*En el proceso de contratación a través de la plataforma en línea intervendrían tres partes, si bien se constituirían solamente relaciones bilaterales, a saber: contrato proveedor-cliente; contrato plataforma-proveedor; contrato plataforma-cliente*».

²²⁶ ÁLVAREZ MORENO, María Teresa. *La contratación electrónica mediante plataformas en línea: modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores*. Madrid: Editorial Reus, 2021, p. 37.

²²⁷ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa. *La contratación en plataformas electrónicas en el marco de la estrategia para un mercado único digital en la Unión Europea*, in PASTOR GARCÍA, Alicia María; MARTENS JIMÉNEZ, Isabel; CASTILLO PARRILLA, José Antonio (Dir). *El mercado digital en Unión Europea*, 2019, p. 105-106. Si veda anche RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa. *The Legal Anatomy of Electronic Platforms: A Prior Study to Assess the Need of Law of Platforms the EU*, in *The Italian Law Journal*, vol. 3, n. 1, 2017.

questo nuovo tipo contrattuale è soggetto al regime di formazione dei contratti stipulati «tra presenti».

4. Il formalismo informativo

Il contratto di compravendita a distanza, in forma elettronica, è un contratto consensuale, in cui la forma è *ad probationem*. Tuttavia, come afferma Pietro Perlingieri, la forma del contratto realizza molteplici funzioni, che possono coesistere tra loro, generando una gamma di conseguenze diverse²²⁸. Oltre alla sua funzione più ampia di strumento della manifestazione di volontà, in cui è inclusa la manifestazione per via elettronica, e la sua funzione classica di requisito essenziale del contratto, nei contratti solenni, è notevole l'ascensione della forma in una terza sfera, in cui si discorre di «formalismo informativo», «formalismo di protezione» o «forma-contenuto», a volte riferito anche come «neoformalismo». Il formalismo informativo, nei rapporti di consumo, può essere definito come un insieme di doveri di informazione previsti dalla legge, imposti al professionista e che fanno parte del contratto nei rapporti di consumo. Nei rapporti di consumo, lo squilibrio al momento della formazione del contratto è caratterizzato da una profonda asimmetria informativa²²⁹ tra professionisti e consumatori, perché mentre il professionista è, nel mondo degli affari, un *expert*, il consumatore è inesperto, vulnerabile al *dolus bonus*, profano sia delle tecniche di negoziazione che delle qualità del prodotto da acquistare. Per questa ragione, nello stato sociale di diritto,

²²⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Vincoli formali tra esigenze di tutela del consumatore e profili di carattere fiscale*, in *Le Corti Umbre*, 2. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 286.

²²⁹ GALLO, Paolo. *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2004, p. 651: «Le asimmetrie informative creano dunque danni alla società nella misura in cui ostacolano l'instaurazione di un mercato, o comunque riducono il volume dei possibili scambi» (...) «il correttivo più semplice delle asimmetrie informative è costituito dai doveri di informazione».

la informazione è diventato un diritto del consumatore, garantito in nome del principio di giustizia contrattuale, con l'obiettivo di riequilibrare il contratto.

Come accennato, la semplice imposizione dell'obbligo di informazione, basata sul generico principio di buona fede della legge codificata, si è rivelata insufficiente a garantire una tutela effettiva del diritto all'informazione dei consumatori, e la conseguente genuina formazione della volontà negoziale del consumatore, rendendo necessario l'intervento legislativo dello Stato per la regolamentazione dei contratti nei rapporti di consumo. Il contratto di compravendita nei rapporti di consumo, sotto forma elettronica, è un contratto consensuale, ma l'imposizione del dovere d'informazione presuppone che il suo adempimento da parte del professionista avvenga in forma scritta, verificando il fenomeno paradossale del formalismo di contenuto, che è un formalismo di protezione, in cui si richiede che il contenuto specifico del dovere d'informazione sia fornito in forma scritta nel contratto. Parte della dottrina considera il formalismo informativo anche un «terzo modello di forma solenne»²³⁰. Secondo Rocco Favale, tuttavia, l'accelerazione del formalismo non rappresenta una rottura del sistema, ma un suo dispiegamento, con origine remota nella disciplina della forma contenuta nel Codice civile, motivo per cui il nome neoformalismo non sarebbe adeguato²³¹.

Il formalismo informativo rappresenta una tendenza a estendere i vincoli di forma al contenuto del contratto, un ampliamento dello spettro normativo della sua forma²³², che si estende dalla formazione del contratto alla sua esecuzione. Nel formalismo informativo o di protezione, la forma assume il ruolo di adempimento dell'obbligo di informazione del professionista²³³. Questa nuova funzione della forma mira a una tutela più ampia del contraente considerato debole, che si

²³⁰ ROSSI CARLEO, Liliana. *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informatico*, cit., p. 148.

²³¹ FAVALE, Rocco. *Forme legali e tutela dei consumatori*, in *Le Corti Umbre*, n. 2. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 319 e 321.

²³² FAVALE, Rocco. *Forme legali e tutela dei consumatori*, cit., p. 319.

²³³ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 514.

consolida attraverso la disponibilità di informazioni specifiche²³⁴. La sua funzione è, data l'insufficienza della forma dell'accordo per garantire l'equilibrio tra parti contraenti con differenza di potere contrattuale, rendere obbligatorio un contenuto minimo nel contratto, con lo scopo di proteggere gli interessi di una delle parti²³⁵, attraverso l'attenuazione dell'asimmetria informativa. Questi soggetti che l'implementazione del formalismo informativo intende proteggere possono essere consumatori, inquilini, utenti di servizi bancari e finanziari²³⁶, quelli che contrattano pacchetti turistici, tra gli altri. In questo contesto, i doveri di informazione precontrattuale sono caratterizzati da un trasferimento del momento della tutela a una fase precedente alla conclusione del contratto stesso²³⁷.

Stefano Pagliantini qualifica il formalismo di protezione come «forma-modulo», e lo descrive come «l'involucro nel quale si sono convertiti o versati set di obblighi informativi»²³⁸, in quanto è un tipo di documento informativo *standard*. Questi obblighi informativi riguardano il contenuto, la chiarezza, la comprensibilità, la tipografia e anche le definizioni delle parole nel rapporto contrattuale, rafforzando la comprensibilità e la trasparenza del contratto²³⁹. Poiché si occupa, oltre a questioni puramente legate al contenuto del contratto, di questioni di forma, come i caratteri tipografici e le sue dimensioni, Francesco Venosa afferma che il formalismo informativo riunisce «questioni di forma e questioni di contenuto»²⁴⁰. Laura Modica fa notare che il formalismo informativo va oltre la

²³⁴ EGIDI, Roberto. *La rilevanza dei vincoli formali nell'ambito della fiscalità immobiliare*, in *Le Corti Umbre*, n. 2. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 309.

²³⁵ FAVALE, Rocco. *Forme legali e tutela dei consumatori*, cit., p. 319.

²³⁶ FAVALE, Rocco. *Forme legali e tutela dei consumatori*, cit., p. 322.

²³⁷ GUERINONI, Ezio. *I contratti del consumatore: principi e regole*. Torino: G. Giappichelli editore, 2011, p. 301.

²³⁸ PAGLIANTINI, Stefano. *Il neoformalismo contrattuale dopo i D.lgs. 141/2010, 79/2011 e la Direttiva 2011/83/UE: una nozione (già) vieille renouvelée*, cit., p. 252; PAGLIANTINI, Stefano. *Variazioni su forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, in *Persona e Mercato*. Vol. 2, 2009.

²³⁹ FAVALE, Rocco. *Forme legali e tutela dei consumatori*, cit., p. 319- 322.

²⁴⁰ VENOSTA, Francesco. *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 874.

semplice moltiplicazione delle prescrizioni di forma, poiché il loro impiego, la loro natura e la loro estensione sono senza precedenti²⁴¹. Ernesto Capobianco spiega come la forma del contratto diventa un veicolo di informazione, dotato di funzioni come la protezione del consumatore, l'incoraggiamento della concorrenza nel mercato e una migliore efficienza del sistema economico²⁴².

Tuttavia, si sottolinea che non si tratta di informazioni tecniche e analitiche, spesso utilizzate per distrarre l'attenzione del consumatore, un fenomeno noto come «*information overload*», in cui la fornitura di informazioni finisce per pregiudicare il suo processo di scelta²⁴³. Piuttosto, il professionista deve illustrare, nelle parole di Daniela Valentino, sulla «potenzialità di soddisfare le esigenze dell'utente»²⁴⁴. Nell'adempimento del dovere di informare, al di là della semplice enumerazione di un insieme di informazioni da parte dell'imprenditore, è essenziale, inoltre, la questione su «come» queste informazioni saranno trasmesse²⁴⁵. Queste informazioni dovrebbero essere comunicate in modo chiaro, trasparente e in un linguaggio accessibile al consumatore²⁴⁶. Inoltre, afferma Daniela Valentino, la misura, l'intensità e la specificità delle informazioni fornite devono essere in linea con la complessità e le caratteristiche dei beni offerti, e in conformità con le necessità dei consumatori²⁴⁷.

L'imposizione del dovere di informare sulla base del principio generico di buona fede sancito dall'art. 422 del Codice civile brasiliano e dall'art. 4, III, del CDC non è sufficiente per proteggere i consumatori e correggere i fallimenti del mercato derivanti dall'asimmetria informativo. Per questa ragione, alla luce del

²⁴¹ MODICA, Lara. *Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle Corti di merito*, in *Contratto e Impresa* 1/2011, p. 19.

²⁴² CAPOBIANCO, Ernesto. *Impresa e contratto tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 72.

²⁴³ FEBBRAJO, Tommaso. *Obblighi di informazione e principio di effettività dopo il recepimento della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori*, cit., p. 643-644.

²⁴⁴ VALENTINO, Daniela. *I contratti a distanza e gli obblighi di informazione*, cit., p. 264.

²⁴⁵ ROSSI CARLEO, Liliana. *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informatico*, cit., p. 140.

²⁴⁶ CAPOBIANCO, Ernesto. *Impresa e contratto tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 72.

²⁴⁷ VALENTINO, Daniela. *I contratti a distanza e gli obblighi di informazione*, cit., p. 264.

principio del formalismo informativo, il legislatore ha introdotto nell'art. 31 del CDC norme generali e astratte con le quali si impone al professionista il dovere di informare il consumatore, prima della conclusione del contratto, sul contenuto specifico dell'offerta di prodotti e servizi, in modo corretto, chiaro, preciso e ostensivo, indicando: «le loro caratteristiche, qualità, quantità, composizione, prezzo, garanzia, periodi di validità e origine, tra altre informazioni, così come i rischi che presentano per la salute e la sicurezza dei consumatori». Nel diritto europeo, a sua volta, la direttiva 2011/83/UE prevede, nel suo articolo 5, una serie di obblighi di informazione da fornire nei contratti «diversi dai contratti a distanza e fuori dei locali commerciali», come le caratteristiche principali dei beni o servizi, l'identità del professionista, il prezzo totale dei beni o servizi, comprese le tasse, l'esistenza di una garanzia legale, e, se applicabile, le modalità di pagamento, consegna ed esecuzione, la durata del contratto, e la funzionalità e interoperabilità del contenuto digitale.

A causa del formalismo informativo che regola il diritto contrattuale nei rapporti di consumo, le informazioni relative agli elementi essenziali del contratto sono, ovviamente, trasposte anche nel diritto dei consumatori, che, come nota Pietro Perlingieri, spesso «finisce per attuare principi già presente nell'ordinamento»²⁴⁸. Per quanto riguarda il contenuto dell'informazione, prima di tutto, è essenziale differenziare le informazioni relative agli elementi strutturali del contratto, basate sui principi generali dei codici civili, da quelle relative alla funzionalità e all'utilità del bene, tipiche dei sistemi di protezione del consumatore, le cui violazioni generano effetti giuridici distinti²⁴⁹. Le informazioni inerenti agli elementi strutturali dei contratti sono quelle che incidono sulla sua validità. Nel Codice civile brasiliano sono previste nell'art. 104, secondo il quale la validità del negozio giuridico richiede: I- agente capace; II-oggetto lecito, possibile, determinato o

²⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. *La tutela del contraente tra persona e mercato*, in *Il Diritto dei Consumi* Vol. III. PERLINGIERI, Pietro; CATERINI, Enrico (a cura di). Rende: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 10.

²⁴⁹ VALENTINO, Daniela. *I contratti a distanza e gli obblighi di informazione*, cit., p. 262.

determinabile; e III-forma prescritta o non vietata dalla legge²⁵⁰. Nel Codice civile italiano, a sua volta, sono presenti nell'art. 1325, che considera i requisiti del contratto 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità. Così, supponendo che gli obblighi di informazione precontrattuale faranno successivamente parte del contratto, essi devono, affinché il contratto sia valido, specificare l'oggetto, in modo determinato o determinabile²⁵¹. Questa determinazione minima riguarda gli elementi che permettono di identificare il bene o il servizio, con le sue caratteristiche essenziali e il suo prezzo, senza i quali il contratto non può essere valido, come, per esempio, la tensione di un apparecchio elettrico e il suo prezzo.

Di altra natura, distinta dalle informazioni sulle caratteristiche essenziali del bene o servizio, che influiscono sulla validità del contratto, sono i doveri di informazione e protezione caratteristici dei sistemi di protezione del consumatore, relativi alla funzionalità, scopo e utilità del bene. Questa informazione addizionale che deve fornire l'imprenditore costituisce uno dei principali metodi utilizzati dalle legislazioni di consumo allo scopo di mitigare l'asimmetria informativa tra le parti contraenti, in base al presupposto che una maggiore informazione al consumatore permette la corretta formazione della sua volontà contrattuale, con la conseguente effettiva possibilità e libertà di scelta nel mercato. Liliana Rossi Carleo, sull'argomento, sottolinea il carattere preventivo dell'informazione nella tutela del consumatore, come un modo per evitare i conflitti derivanti dalla mancanza di chiarezza e incertezza nei rapporti contrattuali²⁵². Oltre alla funzione di tutela del contraente debole, questa estensione degli obblighi di informazione nei rapporti di

²⁵⁰ Sotto l'influenza pandettistica tedesca, il Codice civile brasiliano ha incorporato la teoria del fatto giuridico, presente nella parte generale.

²⁵¹ ARIAS POU, María. *Deber de información previa en la contratación electrónica por internet* in *Diario La Ley*, n. 6689, 2007, p. 7: «se pone de manifiesto la necesidad de que la oferta contractual contenga todos los elementos esenciales de aquél».

²⁵² ROSSI CARLEO, Liliana. *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informatico*, cit., p. 128.

consumo ha anche il ruolo di promuovere la concorrenza e l'innovazione nel mercato²⁵³.

Tuttavia, a causa dell'avvento delle nuove tecnologie dell'informazione e della loro grande influenza sui contratti di consumo, sia il legislatore brasiliano che quello europeo hanno sentito la necessità di aggiornare e modernizzare le norme di tutela del consumatore. Uno dei principali oggetti di tale modernizzazione riguarda il formalismo informativo nei contratti stipulati a distanza, con particolare riferimento ai contratti elettronici. Questo perché maggiore è la vulnerabilità del consumatore, che si accentua nell'ambiente virtuale, maggiore è la necessità di proteggerlo, come attraverso la forma-contenuto. Nell'ordinamento giuridico brasiliano non esiste un formalismo informativo specifico per i contratti a distanza, ma solo per i contratti di consumo in generale. In questo contesto, gli effetti delle nuove tecnologie dell'informazione sul diritto dei consumatori hanno determinato la elaborazione del disegno di legge n. 281 del 2012, per modificare il Codice di difesa del consumatore, e disporre sul commercio elettronico. Oggi, il disegno di legge è in corso di esame al congresso nazionale con il n. 3514/2015. Attraverso il disegno di legge n. 3514/2015, il legislatore intende modificare il CDC per includere una serie di doveri informativi specifici nei contratti di consumo a distanza, con particolare attenzione a quelli conclusi via *internet*.

A sua volta, nell'ambito del diritto dell'UE, come indicato nel paragrafo sulle «fonti del diritto dei consumatori», le direttive 85/577/CEE, sui contratti fuori dei locali commerciali, e 97/7/CE, sui contratti a distanza, sono state abrogate dalla direttiva 2011/83/UE, che ha aggiornato e migliorato il loro contenuto. Uno dei principali oggetti di modernizzazione portati dalla direttiva 2011/83/UE è stato proprio quello del formalismo informativo, che era molto più succinto e meno articolato nelle direttive 85/577/CEE e 97/7/CE. In questo contesto, quando si confronta il testo delle direttive 85/577/CEE e 97/7/CE con la direttiva 2011/83/UE,

²⁵³ FEBBRAJO, Tommaso. *Obblighi di informazione e principio di effettività dopo il recepimento della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori*, cit., p. 642.

è degno di nota il drastico aumento dei doveri di informazione che il professionista deve fornire al consumatore, un modello che si è ripetuto in relazione a diverse altre direttive UE nell'ultimo decennio²⁵⁴.

Come si può osservare, il contenuto del dovere d'informazione che si impone al professionista nel momento precedente alla conclusione del contratto, a causa del formalismo informativo, varia a seconda del tipo di contratto di consumo. Questo perché maggiore è la vulnerabilità del consumatore, maggiore è la necessità della forma-contenuto. In questo contesto, l'impatto delle tecnologie dell'informazione sui rapporti di consumo è stato così grande che ha determinato la necessità di un profondo adattamento della legislazione di consumo alla nuova realtà dei contratti a distanza attraverso *internet*. Nei contratti di consumo a distanza, il dovere di informazione è una delle principali tecniche utilizzate dal legislatore per correggere l'asimmetria informativa tra consumatore e professionista, e una delle caratteristiche che distinguono la compravendita elettronica di consumo come un tipo autonomo di contratto di compravendita.

Partendo da questa premessa, nei prossimi paragrafi sarà affrontato il contenuto del formalismo informativo, sia nella direttiva 2011/83/UE che nel disegno di legge n. 3514/2015. Il formalismo informativo comprende sia requisiti di forma, relativi al modo e alle *vestimenta* di come l'informazione deve essere comunicata, sia requisiti riguardanti il contenuto di tale informazione stessa. Nel presente tema si analizzerà la prima categoria del formalismo informativo, non in relazione al contenuto dell'informazione in sé, ma in relazione alle sue *vestimenta*²⁵⁵, e al modo in cui si materializza; a sua volta, nel prossimo paragrafo si esporrà il contenuto informativo della forma-contenuto.

²⁵⁴ FEBBRAJO, Tommaso. *Obblighi di informazione e principio di effettività dopo il recepimento della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori*, cit., p. 642: «Un'analisi diacronica delle diverse direttive consumeristiche mostra come lo spazio riservato agli obblighi di informazione sia andato progressivamente ampliandosi nel corso degli anni».

²⁵⁵ PAGLIANTINI, Stefano. *Art. 51. Requisiti formali per i contratti a distanza*, in D'AMICO, Giovanni (a cura di). *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. Lgs. n. 21/2014*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2015, p. 168.

Secondo il primo paragrafo dell'articolo 8 della direttiva 2011/83/UE, le informazioni relative ai contratti conclusi a distanza devono essere comunicate dal professionista al consumatore in «modo appropriato al mezzo di comunicazione» utilizzato per la loro trasmissione. Tale disposizione riflette il «principio della massima efficienza compatibile con la tecnica di comunicazione a distanza impiegata». Il paragrafo prevede anche che queste informazioni devono essere fornite al consumatore «in un linguaggio semplice e comprensibile» e che «nella misura in cui dette informazioni sono presentate in un supporto durevole esse devono essere leggibili». Per quanto riguarda il linguaggio utilizzato, a sua volta, l'art. 45-E, I, del disegno di legge n. 3514/2015 prevede che il contratto deve essere scritto in lingua portoghese, «in un linguaggio accessibile e con una facile visualizzazione sulla sua pagina». Quindi, non solo le caratteristiche fisiche della lettera, ma anche il suo contenuto deve essere scritto in un linguaggio semplice, cioè in un modo che permetta una facile comprensione da parte del consumatore.

I paragrafi 2, 3, 9 dell'articolo 8 della direttiva 2011/83/UE riguardano esclusivamente le contrattazioni a distanza in forma elettronica. Il suddetto paragrafo secondo dispone che, «se un contratto a distanza che deve essere concluso con mezzi elettronici impone al consumatore l'obbligo di pagare, il professionista gli comunica in modo chiaro ed evidente le informazioni di cui all'articolo 6, paragrafo 1, lettere *a)*, *e)*, *o)* e *p)*, direttamente prima che il consumatore inoltri l'ordine». Queste informazioni che devono essere messe a disposizione del consumatore immediatamente prima della conclusione del contratto elettronico riguardano le caratteristiche principali dei beni o servizi, il prezzo totale e, se del caso, la durata del contratto. Allo stesso modo, l'art. 45-D, comma I, del disegno di legge n. 3514/2015 prevede che se il contratto è concluso attraverso mezzi elettronici, il professionista deve mettere a disposizione del consumatore, prima della conclusione del contratto, il riassunto del contratto, con tutte le informazioni necessarie per la formazione della sua volontà negoziale.

Ancora secondo il paragrafo 2 dell'articolo 8 della direttiva 2011/83/UE, il commerciante deve assicurarsi che il consumatore riconosca espressamente il

momento in cui diventa vincolato dal contratto. Per esempio, se la conclusione del contratto avviene tramite un «click» su un «pulsante virtuale» o simile, la comunicazione «ordine con obbligo di pagare» o la dicitura corrispondente devono essere leggibili, altrimenti il consumatore non è considerato vincolato dal contratto. Il legislatore del disegno di legge n. 3514/2015 non ha formulato una norma equivalente, tuttavia ha positivizzato, nel suo art. 45-D, IV, che è obbligo del professionista che utilizza mezzi elettronici di contrattazione «garantire mezzi tecnici adeguati, efficaci e facilmente accessibili che consentano l'identificazione e la correzione di eventuali errori nell'appalto, prima di finalizzarlo» Per esempio, nei contratti *point and click*, il consumatore deve avere la possibilità di visualizzare i dati forniti, in modo che possa verificarne l'esattezza e correggerli se necessario, prima di concludere il contratto. Infine, secondo il paragrafo 3 dell'art. 8 della direttiva 2011/83/UE, i siti *web* devono indicare chiaramente e al più tardi all'inizio del «processo di ordinazione», qualsiasi restrizione relativa «alla consegna» e ai mezzi di pagamento accettati nella contrattazione.

In nome del formalismo informativo, i contratti stipulati a distanza richiedono il rispetto di specifici requisiti formali, che devono essere osservati dal professionista nella trasmissione delle informazioni contrattuali.

5. Il contenuto dell'offerta nel commercio elettronico

L'offerta, come la definisce Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, è «la prima manifestazione di volontà che deve essere seguita dall'accettazione per concludere un negozio giuridico bilaterale»²⁵⁶. L'offerta è una manifestazione di volontà che esprime la volontà definitiva e completa di contrarre²⁵⁷. Si tratta di un

²⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial, Tomo XXXVIII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 26.

²⁵⁷ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Formação e Eficácia Probatória dos Contratos por Computador*, cit., p. 3.

negozio giuridico unilaterale, a partire del quale l'offerente formula la sua proposta di contrattazione, lo obbligandosi a rispettarla se accettata dall'oblato. Ai sensi dell'art. 429 del c. c. brasiliano, l'offerta al pubblico è equivalente alla proposta soltanto quando contiene i requisiti essenziali del contratto. Nei rapporti di consumo, in cui si verifica il fenomeno dei contratti per adesione, dovuto alla contrattazione di massa, l'offerta rivolta al consumatore contempla le clausole contrattuali generali predisposte dal professionista.

Inoltre, l'art. 30 del CDC stabilisce che ogni informazione o pubblicità, se sufficientemente precisa, vincola il professionista, integrando il contratto. Si tratta di una «contrattualizzazione delle informazioni preliminari»²⁵⁸, con un'estensione del punto di vista tradizionale secondo il quale la fornitura di informazioni incomplete sarebbe caratterizzata soltanto come una fase di negoziati preliminari e non vincolanti²⁵⁹. Così, anche la pubblicità che non contiene tutti gli elementi del futuro contratto sarà vincolante per quanto riguarda le informazioni precise in essa contenute²⁶⁰. Come chiarisce Alessandra Bellelli, la rilevanza che la proposta assume nel mondo del diritto non è limitato al dichiarato, né tanto meno al voluto della parte, ma: «deve tener conto del regolamento di interessi che l'atto è idoneo a predisporre anche al di là e, a volte, addirittura in contrasto con l'intento esternato dai contraenti»²⁶¹.

Come indicato nel paragrafo sulle «fonti del diritto dei consumatori», le direttive 85/577/CEE, sulla contrattazione «fuori dei locali commerciali», e 97/7/CE, sul contratto «a distanza», sono state abrogate dalla direttiva 2011/83/UE, che ha aggiornato e migliorato il loro contenuto. Uno dei principali oggetti di

²⁵⁸ BRAVO, Fabio. *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE. Verso un codice europeo del consumo*, cit., p. 164.

²⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, cit., p. 863.

²⁶⁰ AGUADO, Josep Llobet I. *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid: Marcial Pons, 1996; MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, cit., p. 851.

²⁶¹ BELLELLI, Alessandra. *Il principio di conformità tra proposta e accettazione*. Padova: CEDAM, 1992.

modernizzazione portati dalla direttiva 2011/83/UE è stato proprio quello del formalismo informativo, che era molto più sollevato e meno articolato nelle direttive 85/577/CEE e 97/7/CE. In questo contesto, attira l'attenzione, confrontando il testo delle direttive 85/577/CEE e 97/7/CE con la direttiva 2011/83/UE, il drastico aumento dei doveri d'informazione che il professionista deve fornire al consumatore, un modello che si è ripetuto in relazione a diverse altre direttive comunitarie nel corso dell'ultimo decennio²⁶².

Nella presente tesi, tuttavia, si studierà specificamente il formalismo informativo dei contratti conclusi «a distanza», all'interno del quale si trova la contrattazione elettronica. Così, si esaminerà il contenuto degli articoli 6 e 8 della direttiva 2011/83/UE ed il loro recepimento nel diritto italiano e spagnolo. Nell'ordinamento giuridico brasiliano, a sua volta, non esiste un formalismo informativo specifico sulla contrattazione di consumo a distanza, ma soltanto sulla contrattazione di consumo in generale. Nonostante ciò, come detto, il disegno di legge n. 3514/2015, attualmente in corso di esame, che modificherà il CDC brasiliano, contiene norme specifiche sugli obblighi di informazione nella conclusione del contratto elettronico. Così, le norme della direttiva 2011/83/UE e del disegno di legge n. 3514/2015 saranno studiate insieme.

Come notato, il formalismo informativo dei contratti di consumo conclusi a distanza riguarda sia il «contenuto informativo minimo» che «il modo e il momento» in cui questo contenuto informativo deve essere comunicato al consumatore. Nel presente paragrafo verrà esposto il contenuto informativo che il professionista deve mettere a disposizione del consumatore durante la formazione del contratto a distanza, con particolare riferimento al contratto elettronico. Per quanto riguarda il contenuto di queste informazioni, a causa del loro grande volume, useremo la categorizzazione elaborata da Francesco Rende, che le divide in tre

²⁶² FEBBRAJO, Tommaso. *Obblighi di informazione e principio di effettività dopo il recepimento della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori*, cit., p. 642: «Un'analisi diacronica delle diverse direttive consumeristiche mostra come lo spazio riservato agli obblighi di informazione sia andato progressivamente ampliandosi nel corso degli anni».

categorie: a) le informazioni relative alla parte strutturale del contratto che, a sua volta, si suddivide in informazioni sulle caratteristiche del prodotto o servizio venduto e informazioni relative all'identità dell'imprenditore; b) le informazioni su elementi esterni al contratto e c) le informazioni relative al diritto di recesso del consumatore²⁶³.

Data la distanza tra il consumatore e il prodotto commercializzato, è essenziale illustrare adeguatamente le principali qualità dell'oggetto contrattuale, il prodotto, in modo trasparente e corrispondente alla realtà, essendo questo l'unico mezzo per il consumatore di formare la sua reale volontà negoziale, e che il prodotto risponda alle sue aspettative generate dalla descrizione e dalle immagini fornite. In questo contesto, la lett. *a* dell'art. 6 della direttiva 2011/83/UE stabilisce, per quanto riguarda le informazioni relative al prodotto o al servizio, che le sue caratteristiche principali devono essere specificate «nella misura adeguata al supporto e ai beni o servizi». Allo stesso modo, l'art 45-B del disegno di legge n. 3514/2015 prevede la necessità di mettere a disposizione, in un luogo facilmente visibile, le informazioni contenenti le «principali caratteristiche del prodotto o servizio, compresi i rischi per la salute e la sicurezza dei consumatori» (V).

Per quanto riguarda l'aspetto del valore del prodotto o servizio, secondo la lett. *e* dell'art. 6 della direttiva 2011/83/UE il professionista deve fornire al consumatore le seguenti informazioni: «il prezzo totale dei beni o dei servizi», comprese le tasse, i diritti, il trasporto e, se tali costi non possono essere calcolati in anticipo, l'indicazione che tali spese possono essere dovute e il modo in cui il prezzo deve essere calcolato. L'art. 45-B del disegno di legge n. 3514/2015, d'altra parte, stabilisce che il professionista deve informare il consumatore delle «condizioni complete dell'offerta, comprese le condizioni di pagamento» (IV) e la «ripartizione

²⁶³ BALDERAS BLANCO, Santi. *La eficiencia en la información precontractual sobre el derecho de desistimiento en contratos a distancia*, in *Diario La Ley*, n. 8394, 2014; RENDE, Francesco. *Art. 49. Obblighi di informazione nei contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali*, in D'AMICO, Giovanni (a cura di). *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. Lgs. n. 21/2014*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2015, p. 130.

del prezzo di qualsiasi costo supplementare o accessorio, come la consegna» (III). L'interesse del legislatore per l'informazione esatta sul valore globale dell'operazione, al di là del semplice valore nominale, come l'inclusione di costi di trasporto aggiuntivi, tasse aggiuntive e imposte, mira a prevenire pratiche commerciali che, in malafede, nascondono il prezzo finale, al fine di attirare i consumatori attraverso un'offerta attraente²⁶⁴. Salvatore Mazzamuto illustra l'ipotesi con le offerte delle compagnie aeree, che ogni *point and click* aggregano ulteriori spese, con un aumento del prezzo totale del biglietto²⁶⁵. Inoltre, l'indicazione del costo totale dell'operazione ha un'influenza nei casi in cui si ricorre al credito al consumo²⁶⁶.

Oltre alle caratteristiche del prodotto o del servizio, ed al suo prezzo totale, anche per quanto riguarda le informazioni sull'oggetto del contratto, sia la direttiva 2011/83/UE che il disegno di legge n. 3514/2015 prevedono la necessità di indicare le modalità di pagamento, il termine di consegna del prodotto e, nel caso dei servizi, della loro esecuzione (art. 6, lett. g, direttiva 2011/83/EU; art. 45-B, IV, disegno di legge n. 3514/2015). Le modalità riguardano sia la prestazione del consumatore che quella dell'imprenditore²⁶⁷, e devono essere indicate in modo che il consumatore possa scegliere tra le opzioni di pagamento offerte, e considerare i possibili rischi inerenti a ciascuna modalità²⁶⁸. Infine, l'articolo 6 della direttiva stabilisce che devono essere fornite al consumatore le informazioni seguenti: «l) un promemoria dell'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni; m) se applicabili, l'esistenza e le condizioni dell'assistenza postvendita al consumatore, dei servizi

²⁶⁴ BRAVO, Fabio. *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE. Verso un codice europeo del consumo*, cit., p. 123.

²⁶⁵ MAZZAMUTO, Salvatore. *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa e Diritto Privato*, 2011, 4, p. 861 ss.

²⁶⁶ FEBBRAJO, Tommaso. *Obblighi di informazione e principio di effettività dopo il recepimento della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori*, cit., p. 652.

²⁶⁷ BRAVO, Fabio. *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE. Verso un codice europeo del consumo*, cit., p. 124.

²⁶⁸ BRAVO, Fabio. *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE. Verso un codice europeo del consumo*, cit., p. 126.

postvendita e delle garanzie commerciali; o) la durata del contratto, se applicabile, o, se il contratto è a tempo indeterminato o è un contratto a rinnovo automatico, le condizioni per recedere dal contratto». Il disegno di legge n. 3514/2015, d'altra parte, afferma che il professionista deve tenere a disposizione «un servizio clienti adeguato, facile ed efficace che permetta al consumatore di inviare o ricevere comunicazioni, comprese le notifiche, i reclami e altre informazioni necessarie per la protezione efficace dei suoi diritti»²⁶⁹.

Un altro tipo di informazioni strutturali da fornire sono quelle relative all'identità del professionista. Nel caso della contrattazione a distanza, la mancata indicazione dell'identità e dell'ubicazione del venditore rappresenterebbe un ostacolo per il consumatore a contattarlo, per esempio, in caso di difetto del prodotto o nella decisione di esercitare il diritto di recesso. Devono quindi essere rese disponibili le informazioni su: b) l'identità del professionista, ad esempio la sua denominazione sociale; c) l'indirizzo geografico dove il professionista è stabilito e il suo numero di telefono, di fax e l'indirizzo elettronico, ove disponibili, per consentire al consumatore di contattare rapidamente il professionista e comunicare efficacemente con lui e, se applicabili, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale agisce; d) se diverso dall'indirizzo fornito in conformità con la lett. c, l'indirizzo geografico della sede del professionista a cui il consumatore può indirizzare eventuali reclami e, se applicabile, quello del professionista per conto del quale agisce». Il disegno di legge n. 3514/2015, invece, dispone nell'art. 45-B l'obbligo del professionista di mettere a disposizione «la ragione sociale e l'eventuale numero di registrazione del professionista nel Registro dei contribuenti individuali o nel Registro dei contribuenti aziendali» (I); «gli indirizzi fisici ed elettronici e altre informazioni necessarie per la loro ubicazione e il contatto» (II).

²⁶⁹ TARTUCE, Flávio; MONTEIRO, Gracieleia. *A reforma do Código de Defesa do Consumidor. Comentários ao PL 281/2012 e algumas sugestões*, in *Revista de Direito do Consumidor*, 99, 2015, p. 319.

Tra le informazioni relative ad elementi esterni al contratto, spiccano i seguenti punti dell'art. 6 della direttiva 2011/83/UE: «n) l'esistenza di codici di condotta pertinenti, come definiti all'articolo 3, lett. f, della direttiva 2005/29/CE e come possa essere ottenuta copia, se del caso; r) se applicabile, la funzionalità del contenuto digitale, comprese le misure applicabili di protezione tecnica; s) qualsiasi interoperabilità pertinente del contenuto digitale con l'hardware e il software, di cui il professionista sia a conoscenza o di cui si può ragionevolmente attendere che sia venuto a conoscenza, se applicabile; t) se applicabile, la possibilità di servirsi di un meccanismo extra-giudiziale di reclamo e ricorso cui il professionista è soggetto e le condizioni per avervi accesso».

Sempre nell'ambito dei doveri di informazione di cui all'articolo 6, è importante sottolineare quelli relativi al diritto di recesso stesso. L'argomento del diritto di recesso sarà analizzato nei capitoli III e IV di questa tesi, tuttavia, i doveri di informazione derivanti dalla possibilità del consumatore di sciogliere unilateralmente un contratto, come descritto da Francesco Paolo Patti, si inseriscono «in un più ampio meccanismo di tutela costituito da una serie di obblighi informativi»²⁷⁰, che saranno analizzati di seguito. Nel diritto comunitario, secondo l'art. 6 della direttiva 2011/83/UE, questi doveri consistono nell'informare il consumatore sulle «condizioni, i termini e le procedure per esercitare tale diritto conformemente all'articolo 11, paragrafo 1, nonché il modulo tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B» (h). Alla lettera k si sottolinea che, anche se non esiste un diritto di recesso, a seconda dei casi previsti dall'art. 16, questa informazione sull'impossibilità di recesso deve essere comunicata al consumatore.

Tra le informazioni relative al diritto di recesso deve esserci anche l'indicazione se il consumatore dovrà sostenere il costo della restituzione dei beni in caso di recesso e in caso di contratti a distanza qualora i beni per loro natura non possano essere normalmente restituiti a mezzo di posta (i). Per quanto riguarda questa informazione sul diritto di recesso, il disegno di legge n. 3514/2015 prevede che il

²⁷⁰ PATTI, Francesco Paolo. *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, cit., p. 1007.

professionista debba indicare, «in anticipo, in modo chiaro e ben visibile, i mezzi appropriati, facili ed efficaci disponibili per l'esercizio del diritto di recesso del consumatore, che dovrebbero includere, almeno, le stesse modalità utilizzate per il contratto» (art. 49, paragrafo 8°) oltre a «un modulo facile e specifico o un link a un modulo che il consumatore deve compilare quando esercita il diritto di recesso» (art. 45-E, IV).

La direttiva 2011/83/UE non prevede una sanzione generale per la violazione degli obblighi di informazione di cui all'art. 6, ad eccezione della mancanza di informazioni sul diritto di recesso e sul dovere del consumatore di sostenere le spese di restituzione dei beni. In caso di mancato rispetto da parte del professionista del dovere di informare il consumatore dell'esistenza del diritto di recesso, dei termini e delle condizioni per il suo esercizio, il termine sarà prorogato per dodici mesi dopo il termine finale del periodo di ripensamento. In altre parole, il consumatore avrà aggiunto, al periodo di 14 giorni, l'ulteriore periodo di 12 mesi per esercitare il suo diritto di pentirsi. Tuttavia, questo periodo di dodici mesi può essere interrotto dal momento in cui le informazioni relative all'esercizio del diritto di recesso sono fornite dal professionista, nel qual caso ricomincerà il conteggio del periodo legale di riflessione di 14 giorni²⁷¹.

Inoltre, nel caso in cui il professionista non ottemperi agli obblighi di informazione riguardanti le spese aggiuntive o altri costi di cui all'articolo 6, paragrafo 1, lettera *e*, sul prezzo totale dei beni o servizi o il costo della restituzione dei beni in caso di recesso da parte del consumatore, come previsto dall'articolo 6, paragrafo 1, lettera *i*, il consumatore non deve sostenere tali costi o spese. A titolo di esempio, se l'imprenditore non chiarisce in anticipo al consumatore che dovrà sostenere le spese di restituzione del bene in caso di recesso, anche se la merce non può essere normalmente restituita per posta, la pena sarà che tutte le spese di restituzione saranno a carico del professionista.

²⁷¹ Art. 10 e considerando 12 della direttiva 2011/83/EU.

La direttiva 2011/83/UE, essendo di massima armonizzazione, non permette agli Stati membri dell'Unione Europea di estendere questo elenco di informazioni: questo, tuttavia, non impedisce al professionista di includere nel contratto altre informazioni che ritiene rilevanti per il consumatore²⁷². Per quanto riguarda il diritto comunitario, l'elenco dell'articolo 6 della direttiva 2011/83/UE non può essere considerato esaustivo. Francesco Rende spiega che, nel caso di un contratto concluso per via elettronica, è necessario integrare gli obblighi di informazione contenuti nella direttiva 2011/83/UE con quelli delle direttive 2006/123/CE e 2000/31/CE, quest'ultima specifica del settore del commercio elettronico²⁷³. Tuttavia, in caso di conflitto di norme tra la direttiva 2011/83/UE e la direttiva 2000/31/CE, prevale quella 2011/83/UE²⁷⁴.

6. Adesione e accettazione dell'offerta *point and click*

Il contratto di compravendita stipulato nei rapporti di consumo è un contratto commerciale soggetto alla disciplina protettiva del diritto dei consumatori, in cui il professionista è il venditore, mentre il consumatore è il compratore o l'acquirente di beni o prodotti venduti al dettaglio. In occasione della conclusione del contratto di compravendita nei rapporti di consumo, la proposta contrattuale è predisposta dal professionista, mentre l'adesione e l'accettazione delle condizioni contrattuali è un atto posto in essere dal consumatore. La compravendita elettronica è un contratto consensuale la cui conclusione avviene per mezzo dell'adesione e dell'accettazione da parte del consumatore di un'offerta al pubblico formulata dal professionista in

²⁷² HALL, Elizabeth; HOWELLS, Geraint; WATSON, Jonathon. *The Consumer Rights Directive- An Assessment of its Contribution to the Development of European Contract Law*, in *European Review of Contract Law* (2012, Volume 8, number 2), p. 146.

²⁷³ RENDE, Francesco. *Art. 49. Obblighi di informazione nei contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali*, cit., p. 128.

²⁷⁴ BRAVO, Fabio. *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE. Verso un codice europeo del consumo*, cit., p. 163.

maniera espressa, in un ambiente virtuale. Per questa ragione, considerando che la forza vincolante del contratto si verifica immediatamente dopo la conclusione del contratto, di fondamentale importanza è definire il momento esatto e la forma in cui avviene l'accettazione della proposta da parte del consumatore.

Nella compravendita tradizionale, la fornitura di prodotti avviene nei locali commerciali fisici, in negozi, mercati o supermercati, centri commerciali, che sono luoghi in cui i prodotti sono esposti nelle vetrine e sugli scaffali dal venditore, in modo tale da permettere al consumatore, in un momento precedente alla conclusione del contratto, di valutare la qualità dei prodotti attraverso il contatto visivo e fisico. In questa modalità di contratto, si stabilisce un contatto diretto e personale tra il consumatore e il venditore, e sia la negoziazione preliminare ai fini dell'acquisto del prodotto che l'eventuale conclusione del contratto avvengono verbalmente²⁷⁵. Nonostante la sua forma verbale, alla conclusione del contratto, vengono emessi dei documenti che provano la transazione, come l'emissione di una fattura, una ricevuta di pagamento, una prova di consegna, ecc. Eventualmente, per documentare la vendita, il professionista formalizza il contratto utilizzando contratti per adesione in forma scritta, stampati su moduli cartacei, richiedendo che la proposta di vendita in essi contenuta sia accettata dal consumatore attraverso una firma autografa.

La trasposizione della conclusione di contratti nell'ambiente virtuale, attraverso documenti elettronici, ha generato nuove e diverse sfide per il diritto. Nell'ambiente virtuale, i prodotti e servizi sono offerti al consumatore attraverso negozi virtuali ed «*e-marketplaces*», questi ultimi conosciuti anche come piattaforme digitali. Mentre i negozi digitali sono amministrati dal venditore stesso, gli «*e-marketplaces*» sono come dei veri e propri mercati digitali, dove diversi

²⁷⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Informática, cyberlaw, e-commerce*, in DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Direito & Internet. Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 428: «*Na contratação de consumo tornou-se habitual o documento sem assinatura: os vínculos celebrados pelos consumidores com supermercados, postos de serviços, bares, casas de espetáculos, meios de transporte, tratamentos médicos e muitos outros sem assinatura alguma*».

professionisti si riuniscono sotto la stessa piattaforma per offrire i loro prodotti. Il consumatore può trovare questi negozi e piattaforme virtuali attraverso i «*browsers*», strumenti utilizzati per «navigare in *internet*» al fine di individuare i «*siti web*». Nei negozi telematici, il professionista offre i suoi prodotti in «vetrine virtuali», dove deve anche indicare le loro qualità e caratteristiche essenziali. Come già menzionato nel sottotitolo sulla «formazione del contratto elettronico», il contratto elettronico su «*siti web*» è stipulato tra persone che sono fisicamente assenti, cioè a distanza, comunque in tempo reale, sotto il regime della contrattazione tra presenti.

I negozi virtuali, attraverso l'implementazione di nuovi costumi, hanno rivoluzionato la forma di interazione e la manifestazione di volontà contrattuale nel commercio elettronico. L'adesione e l'accettazione da parte del consumatore dell'offerta predisposta sui «*siti web*» avviene, il più delle volte, attraverso il sistema «*point and click*», che si riferisce al movimento del «*mouse*» per puntare e cliccare su «pulsanti virtuali, «icone» e «immagini», con l'intenzione di aderire a un contratto predisposto dal professionista²⁷⁶. In questo senso, l'interazione sui «*siti web*» e il loro uso come mezzo di adesione contrattuale richiede una vera «alfabetizzazione elettronica» del consumatore, che deve imparare il «linguaggio dei computer»²⁷⁷, attraverso un «codice linguistico simbolico non verbale, iconico»²⁷⁸. Attraverso il *point and click*, il consumatore naviga in successive

²⁷⁶ PERLINGIERI, Giovanni; LAZZARELLI, Federica, *Formazione e conclusione del contratto telemático*, in VALENTINO, Daniela. *Manuale di diritto dell'informatica*. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 2016; RULLI NETO, Antonio; RUFATO, David de Oliveira; DA SILVA, Marcelo Emerson; ASAMURA AZEVEDO, Renato. *O comércio eletrônico e as novas formas contratuais: point and click agreement e click and wrap agreement*, in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 105. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016; PEREIRA DE LIMA, Cíntia Rosa. *Contratos de adesão eletrônicos ('shrink-wrap' e 'click-wrap') e termos e condições de uso ('browse-wrap')*, in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 133. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021, p. 109-154; SICA, Salvatore; PARISI, Annamaria Giulia. *La tutela del consumatore nel contratto on-line*, in GAMBINO, Alberto M. (a cura di). *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011, p. 29- 71.

²⁷⁷ GAMBINO, Alberto Maria. *L'accordo telematico*. Milano: Giuffrè Editore, 1997, p. 11-12.

²⁷⁸ TOSI, Emilio. *Contratti informatici, telematici e virtuali. Nuove forme e procedimenti formativi*, cit., p. 226.

«finestre virtuali interattive»²⁷⁹ strutturate dal professionista, in cui seleziona i prodotti desiderati, e può utilizzare lo strumento «carrello virtuale» per raggrupparli in un unico ordine. Poi, l'acquirente si identifica compilando moduli elettronici, attraverso i quali può anche indicare, nel caso dell'acquisto di beni materiali, il rispettivo indirizzo di spedizione.

D'altra parte, se è vero che nella compravendita elettronica la proposta fatta dal professionista avviene sempre espressamente, l'accettazione da parte del consumatore, diversamente, può essere sia «espressa» che «tacita». Nelle parole di Pietro Perlingieri, la manifestazione di volontà è espressa quando il «significante è direttamente evocativo del fatto significato»; al contrario, la manifestazione è tacita, quando il significato «si presuppone implicitamente o indirettamente da una dichiarazione»²⁸⁰. Nella compravendita elettronica l'accettazione sarà espressa quando, nell'offerta predisposta dal professionista, viene messo a disposizione un «pulsante virtuale finale» la cui attivazione, da sola, permette al consumatore di concludere il contratto. Nei contratti tradizionali, l'accettazione espressa avviene attraverso una firma autografa, il che solleva la discussione se il «pulsante virtuale finale», attraverso il quale il consumatore accetta espressamente, sia equivalente o meno a una «firma elettronica».

Ci sono diversi tipi di firma elettronica, che sono classificati in diverse categorie secondo i livelli di sicurezza forniti da ogni tipo di tecnologia. In generale, le firme elettroniche sono state classificate in tre grandi sottotipi: a) la firma elettronica semplice, debole o firma elettronica *lato sensu*; b) la firma elettronica avanzata; e c) la firma elettronica qualificata. Il Regolamento 23 luglio 2014, n. 910, del Parlamento europeo definisce la «firma elettronica» *lato sensu* come «dati in forma elettronica, acclusi oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici e utilizzati dal firmatario per firmare» (art. 3, n. 10). Nel diritto brasiliano, questo ampio concetto di firma elettronica previsto dal regolamento

²⁷⁹ GAMBINO, Alberto Maria. *L'accordo telematico*, cit., p. 12: «quando nella schermata si aprono successive "finestre" virtuali, che richiedono l'interazione dell'utente».

²⁸⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 74.

potrebbe essere equiparato alla cosiddetta «firma elettronica semplice», considerata come quella che: a) permette di identificare il suo firmatario; e che b) allega o associa dati ad altri dati in formato elettronico del firmatario (legge n. 14.063 del settembre 2020).

Come esemplificato da Fabiano Menke, possono essere considerate firme elettroniche semplici, nonostante il loro livello di sicurezza inferiore, anche la digitazione del nome alla fine di una *e-mail*, la firma digitalizzata nella propria grafia, l'identificazione su un sito *web* attraverso un login e una *password*, la conferma di un codice tramite telefono cellulare, la conferma di «accettazione dei termini», tra gli altri²⁸¹. Allo stesso modo, Juan Carlos Menéndez Mato afferma che, a causa del suo ampio concetto, «*son firmas electrónicas desde el empleo de un PIN (Personal Identification Number), o la combinación de un nombre de usuario (username) y su correspondiente clave (password), hasta el uso de una firma digital o una firma asentada en valores biométricos*»²⁸².

A sua volta, una «firma elettronica avanzata» è considerata, nel citato regolamento comunitario, come quella che «a) è connessa unicamente al firmatario; b) è idonea a identificare il firmatario; c) è creata mediante dati per la creazione di una firma elettronica che il firmatario può, con un elevato livello di sicurezza, utilizzare sotto il proprio esclusivo controllo; e d) è collegata ai dati sottoscritti in modo da consentire l'identificazione di ogni successiva modifica di tali dati» (art. 26 Regolamento 23 luglio 2014, n. 910, del Parlamento Europeo). Nel diritto brasiliano, a sua volta, la «firma elettronica avanzata» è quella che, in modo simile:

²⁸¹ MENKE, Fabiano. *A forma dos contratos eletrônicos*, in *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 26/2021, p. 6; MENKE, Fabiano. *A medida Provisória n° 983 e a classificação das assinaturas eletrônicas: comparação com a Medida Provisória n° 2.200-2 de 2001*. CryptoID, São Paulo, 2020. Disponibile presso:

<https://cryptoid.com.br/banco-de-noticias/a-mp-983-e-a-classificacao-das-assinaturas-eletronicas-comparacao-com-a-mp-2-200-2-por-fabiano-menke/>.

; MENKE, Fabiano. *A criptografia e a Infraestrutura de Chaves Públicas brasileira (ICP-Brasil)*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 998, 2018. MENKE, Fabiano. *Assinatura eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 176.

²⁸² MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. *El contrato vía internet*, cit., p. 255-256.

«a) è associata in modo univoco al firmatario; b) utilizza i dati per creare una firma elettronica il cui firmatario può, con un alto livello di fiducia, operare sotto il suo esclusivo controllo; e c) è legata ai dati ad essa associati in modo tale che qualsiasi modifica successiva sia rilevabile».

Infine, secondo il regolamento comunitario, la «firma elettronica qualificata» è un tipo di firma elettronica avanzata, «basata su un certificato qualificato per firme elettroniche» (art. 3, n. 12), che è un certificato di firma elettronica «rilasciato da un prestatore di servizi fiduciari qualificato ed è conforme ai requisiti di cui all'allegato I» (art. 3, n. 15), cioè con requisiti di sicurezza più elevati della firma elettronica avanzata. Allo stesso modo, secondo la legge brasiliana, si considera firma elettronica qualificata quella che «utilizza un certificato digitale»²⁸³, ai sensi del paragrafo 1 dell'art. 10 della misura provvisoria n. 2.200-2, del 24 agosto 2001»²⁸⁴, cioè quei documenti «prodotti con l'utilizzo di un processo di certificazione messo a disposizione dall'ICP-Brasil». La firma elettronica avanzata e la firma elettronica qualificata forniscono, quindi, un livello di sicurezza molto più elevato della firma elettronica semplice.

In questo contesto, si osserva che la questione relativa alla qualificazione o meno del *point and click* rispetto al «pulsante virtuale finale» come modalità di accettazione espressa tramite firma elettronica è passata inosservata dalla dottrina in generale. D'altra parte, nelle opere in cui si affronta la questione, la dottrina

²⁸³ MENKE, Fabiano. *Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 48-50: «O certificado digital é uma estrutura de dados sob a forma eletrônica, assinada digitalmente por uma terceira parte confiável que associa o nome e atributos de uma pessoa a uma chave pública. (...). O interessado é identificado mediante a sua presença física pelo terceiro de confiança- com a apresentação dos documentos necessários- e este lhe emite o certificado digital.»; «Na prática, quando se recebe uma mensagem assinada digitalmente, ela geralmente está acompanhada do certificado digital do remetente, onde constará, entre outros dados, a sua chave pública».

²⁸⁴ Art. 10 §1 della Misura Provvisoria n. 2.200-2, del 24 agosto 2001: «Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória. § 1o As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei no 3.071, de 1o de janeiro de 1916 - Código Civil».

diverge sul fatto che il «*click*» sul «pulsante virtuale finale» si caratterizzi o meno come una modalità di accettazione espressa attraverso la firma elettronica. A questo proposito, Giusela Dolores Finocchiaro, per quanto riguarda l'inclusione del *point and click* nella categoria della firma elettronica, si chiede se «è il termine - firma- a rivelarsi improprio o - se si vuole- è il concetto di firma che è cambiato, applicandosi non solo alle scritture ma più in generale alle rappresentazioni digitali»²⁸⁵. Ciò perché, a suo parere, «nel commercio elettronico, un contratto ben può essere concluso con un semplice - clic- o con la pressione di un tasto o con la selezione di un'icona, senza che alcun equivalente della sottoscrizione venga necessariamente in rilievo».

Tuttavia, ciò che si verifica, infatti, è che il legislatore ha ampliato il concetto di firma elettronica nell'adottare il concetto di firma elettronica semplice, consistente in quella che, pur in modo non inequivocabile, identifica il firmatario, tramite associazione logica ad altri dati elettronici (art. 3, n. 10, regolamento europeo 23 luglio 2014, n. 910 del Parlamento europeo) (art. 4 della legge brasiliana n. 14.063 del settembre 2020). Partendo dalla premessa secondo la quale il *point and click* sul pulsante virtuale rientra nella categoria di «firma elettronica debole», Emilio Tosi conclude che, «la mera pressione del tasto negoziale virtuale- non accompagnata da ulteriori comportamenti - sembra, in conclusione, correttamente riconducibile - in quanto codice linguistico simbolico non verbale, iconico, socialmente rilevante - alla manifestazione di accettazione espressa mediante dichiarazione»²⁸⁶. In questo senso, la posizione di chi scrive è che, sebbene l'accettazione espressa del consumatore attraverso il semplice «*click*» su «pulsante

²⁸⁵ FINOCCHIARO, Giusela Dolores. *Tecniche di imputazione della volontà negoziale*, in CLARIZIA, Renato (a cura di). *I contratti informatici*. Torino: UTET giuridica, 2007, p. 203: «L'uso metaforico del termine - firma- e le espressioni - firma elettronica- e - firma digitale- utilizzate dal legislatore possono risultare fuorvianti. In particolare, nella materia che qui specificamente rileva, cioè nel commercio elettronico, un contratto ben può essere concluso con un semplice- clic- o con la pressione di un tasto o con la selezione di un'icona, senza che alcun equivalente della sottoscrizione venga necessariamente in rilievo».

²⁸⁶ TOSI, Emilio. *Contratti informatici, telematici e virtuali. Nuove forme e procedimenti formativi*, cit., p. 225-226.

virtuale finale» non sia considerata una firma elettronica «avanzata» o «qualificata», è considerata un'accettazione espressa attraverso una «firma elettronica semplice».

Essendo un contratto consensuale, il contratto elettronico di consumo può essere concluso anche attraverso una la modalità di accettazione tacita. L'accettazione tacita è quella che è implicita nel comportamento dell'oblato, come avviene in modo implicito con il comportamento conclusivo. È quello che succede nei casi in cui, per la conclusione del contratto telematico, il professionista richiede l'inserimento del numero di carta di credito del consumatore. A tal fine, l'architettura del «sito web» è strutturata dal professionista in modo tale che la compilazione del modulo con i dati della sua carta di credito è una condizione «*condicio sine qua non*» per la conclusione del contratto²⁸⁷.

Questa modalità di conclusione *point and click* del contratto, attraverso l'accettazione tacita, è diventato preponderante nel commercio elettronico, generando discussioni tra gli studiosi italiani sul fatto che si tratterebbe di un'ipotesi rientrante nell'art. 1327, comma 1 del Código Civil, secondo il quale: «qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione».

Nell'interpretazione di questo articolo, la dottrina italiana si divide tra chi considera l'accettazione tacita attraverso l'inserimento dei dati della carta di credito del consumatore un «comportamento concludente»²⁸⁸ mediante «esecuzione prima della risposta dell'accettante», che consiste in un'«accettazione mediante

²⁸⁷ GEMMA, Andrea. *L'accordo telematico*, cit., p. 265: «Anzi, se è vero che il contratto non si conclude in mancanza della digitazione della carta di credito, ciò avviene poiché è il venditore medesimo, nello strutturare il proprio sito, ad impedire la spedizione di un modulo d'ordine recante una espressa accettazione dell'offerta telematica in assenza dell'indicazione dei numeri della carta di credito». Si veda anche GAMBINO, Alberto Maria. *L'accordo telematico*, cit., p. 142: «questa si *condicio sine qua non* per l'operatività dello stesso- nella digitazione dei dati della carta di credito del cliente, con i quali il venditore invia per l'incasso all'emittente una nota di spesa».

²⁸⁸ BIANCA, Cesare Massimo. *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 384.

esecuzione della prestazione». In questo caso, l'attivazione del pulsante virtuale sarebbe un «pronto avviso», e la conclusione del contratto avverrebbe attraverso il comportamento esecutivo del consumatore. Da questo punto di vista, l'espressione della volontà del consumatore, attraverso il comportamento esecutivo, sarebbe di natura tacita²⁸⁹, attraverso segni, senza una firma elettronica. Parte della dottrina giuridica italiana ritiene, diversamente, che non sarebbe un caso di «esecuzione prima della risposta dell'accettante» dell'art. 1327 del c.c. italiano, poiché l'inserimento dei dati della carta di credito non corrisponderebbe all'effettivo pagamento, ma a una «autorizzazione a riscuotere presso l'emittente della carta», implicando una «mera conferma di un'accettazione del cliente già esistente»²⁹⁰.

²⁸⁹ TOSI, Emilio. *Contratti informatici, telematici e virtuali. Nuove forme e procedimenti formativi*, cit., p. 226: «La pressione del tasto negoziale virtuale associata all'invio dei numeri della carta di credito- fattispecie ricorrente nella prassi negoziale del commercio elettronico- sembra, invece, essere assorbita dalla vis attrattiva della manifestazione implicita dell'accettazione mediante comportamento concludente esecutivo ex art. 1327 c.c. In tal caso la pressione del tasto negoziale virtuale sembra rilevare quale proto avviso ex art. 1327, comma 2, c.c.».

²⁹⁰ PERLINGIERI, Giovanni; LAZZARELLI, Federica. *Formazione e conclusione del contratto telematico*, in VALENTINO, Daniela (a cura di). *Manuale di Diritto Dell'Informatica*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 309: «Questa tesi è stata avversata con grande fermezza da parte della dottrina. Si è fatto notare che la digitazione del numero della carta di credito non equivale ad inizio della esecuzione ex art. 1327 c.c., in quanto non è pagamento, né rilascio di un mezzo di pagamento, ma autorizzazione a riscuotere presso l'emittente della carta, quindi, implica mera conferma di un'accettazione del cliente già esistente»; «Esistono, tuttavia, diverse tipologie di pagamento che vengono impiegate sulla Rete»; TOSI, Emilio. *Contratti informatici, telematici e virtuali. Nuove forme e procedimenti formativi*, cit., p. 226: «Altra dottrina, ritiene, invece, che la fattispecie in esame integri un *tertium genus* consistente nell'accettazione con contestuale inizio di esecuzione»; GEMMA, Andrea. *L'accordo telematico*, cit., p. 264: «Tale ricostruzione è stata contrastata da chi osserva che la trasmissione dei dati della carta di credito, costituendo mera autorizzazione alla riscossione presso l'emittente, costituisce solo conferma dell'accettazione, già prestata con l'inoltro dell'ordine»; DELFINI, Francesco. *Forma Digitale, contratto e commercio elettronico*, cit., p. 90: «Malgrado la digitazione del proprio numero di carta di credito per il pagamento possa costituire comportamento di esecuzione della prestazione pecuniaria del compratore, precedente all'invio della accettazione all'offerente, nella maggior parte dei casi tale digitazione è contenuta nel modulo elettronico inviato all'offerente, che poi, sulla base della ricevuta autorizzazione del cliente all'addebito sulla propria carta di credito, interpella la società emittente per ottenere la approvazione»; DELFINI, Francesco. *Documento informatico e firme elettroniche*, in VALENTINO, Daniela (coord). *Manuale di diritto dell'informatica*. Terza edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 191- 214.

Succede che la definizione del se la digitazione dei dati della carta di credito da parte del consumatore caratterizzi o meno la conferma di una precedente accettazione dipende dalla configurazione della proposta formulata dal professionista. Il contratto elettronico di consumo è un contratto per adesione, in cui il professionista formula una proposta di vendita espressa, che può contemplare o meno una modalità di accettazione espressa prima del momento dell'inserimento dei dati della carta di credito del consumatore. Come notato, l'accettazione *point and click* del consumatore può avvenire in modo espresso, attraverso la semplice attivazione del «pulsante virtuale finale», che corrisponde alla «firma elettronica semplice». Tuttavia, può avvenire anche tacitamente, quando è necessario, per la conclusione del contratto, la digitazione del numero di carta di credito del consumatore, nel qual caso il «comportamento concludente» del consumatore sarà caratterizzato da una «accettazione mediante esecuzione della prestazione»²⁹¹. Pertanto, la classificazione dell'accettazione del consumatore come espressa o tacita dipenderà dall'architettura del sito *web* utilizzato dal professionista²⁹².

²⁹¹ PIGNALOSA, Maria Pia. *Il consumatore calcolante. Contributo allo studio del contratto telematico*, in *Il foro napoletano*, 45, 2020, p. 70: «Quand'anche si ritenga che la digitazione degli estremi della carta di credito costituisca un atto solutorio e non già, come invece è stato osservato, un'autorizzazione a riscuotere, a non persuadere è piuttosto la circostanza che nel meccanismo del *point and click*, per come configurato dal legislatore, l'esecuzione non sostituisce ma *segue* l'accettazione».

²⁹² GEMMA, Andrea. *L'accordo telematico*, cit., p. 265: «Vero è, invece, che nella contrattazione telematica con digitazione della carta di credito, l'esecuzione del pagamento è un tutt'uno con l'accettazione, tanto che non è possibile distinguere, non solo in senso cronologico, ma anche logico, un'antiorità dell'esecuzione rispetto alla dichiarazione trasmessa con il modulo d'ordine» (...) «Ora, alla luce di quanto illustrato, possiamo dire che il contratto telematico è concluso in conseguenza della sola digitazione degli estremi della carta di credito? La risposta è negativa. Sia in quanto, come già osservato, nella prassi ciò non accade, sia perché la legge (art. 13, d. lgs. n. 70/2003) espressamente richiede la trasmissione di un ordine e, dunque, l'accettazione come fatto dichiarativo, non risultando sufficiente la sola spendita della carta di credito».

7. La compravendita elettronica: disumanizzazione del contratto?

L'avvento della tecnologia dell'informazione, che ha propiziato la diffusione dei contratti elettronici, ha introdotto un dibattito a partire dal quale ci si chiede se la loro formazione avvenga attraverso due dichiarazioni di volontà unilaterali o attraverso un accordo di volontà. Nei rapporti di consumo tra presenti, il consumatore si dirige al locale commerciale del professionista, o il professionista va al domicilio o al posto di lavoro di quello, stabilendosi un dialogo verbale tra le parti contraenti. In modo diverso, l'acquisto effettuato dal consumatore su siti *web*, attraverso l'accettazione tacita o espressa delle offerte al pubblico del professionista, pur essendo soggetto alla conclusione del contratto concluso tra presenti, avviene a distanza, tra persone fisicamente assenti.

Questa distanza tra le parti contraenti rende impossibile al consumatore, al momento dell'acquisto dei beni materiali, di valutarne le sue caratteristiche. La distanza tra i contraenti, inoltre, rende impossibile il contatto personale tra venditore e compratore. Come si è visto nel corso di questo capitolo, l'interazione del consumatore sui siti *web* non avviene direttamente con il professionista, ma attraverso il *point and click*, che è un sistema *standard* automatizzato. Questo nuovo modello di contratto ha inaugurato una nuova forma di interazione tra i contraenti, che fonde la parola con simboli e icone virtuali. La combinazione di tutti questi fattori inerenti ai contratti elettronici di consumo solleva il dibattito sulla cosiddetta «disumanizzazione del contratto».

Nell'ultimo decennio del secolo scorso, Natalino Irti ha pubblicato un articolo intitolato «Scambi senza accordo», in cui afferma che la diffusione dei contratti conclusi in forma elettronica ha determinato l'ascesa del contratto senza dialogo, dove il venditore, con l'aiuto esterno di un'immagine, «fa un'unica domanda e attende un'unica risposta»²⁹³. A suo avviso, la realtà degli scambi economici

²⁹³ IRTI, Natalino. *Scambi senza accordo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 52, fasc. 2, 1998, p. 351.

attraverso *internet* si basa semplicemente sulla funzionalità dell'anonimato e del silenzio, senza un vero accordo di volontà tra professionista e consumatore²⁹⁴. Nel diritto latinoamericano, sotto l'influenza di Natalino Irti, Ricardo Luis Lorenzetti aderì alla concezione secondo la quale nella formazione del contratto elettronico non ci sarebbe consenso o dialogo tra le parti, «*ya que el acuerdo de este tipo se caracteriza por la anulación de la función de la lengua, y se pasa del diálogo al silencio*»²⁹⁵. In altre parole, Ricardo Luis Lorenzetti aderisce alla tesi della «disumanizzazione del contratto», secondo la quale nel commercio elettronico gli scambi avvengono tra assenti, senza la conclusione di contratti, cioè senza l'adesione e l'accettazione tacita o espressa da parte del consumatore dell'offerta formulata dal professionista.

In opposizione alla teoria degli scambi senza accordo, Giorgio Oppo elabora una replica, «Disumanizzazione del contratto?» mettendo in discussione l'approccio condotto da Natalino Irti e dai suoi seguaci. Nella concezione di Giorgio Oppo, basata sull'art. 1321 del c.c., il contratto elettronico rimane un accordo di volontà, che si costituisce attraverso la congruenza di due decisioni unilaterali, che si manifestano attraverso la proposta e l'accettazione. Nonostante questi fattori inerenti al commercio elettronico, che causano un maggiore squilibrio tra consumatori e professionisti, non si può considerare che sono contratti «disumanizzati», al punto di immaginare che non ci sia accordo di volontà tra le parti contraenti²⁹⁶. In questo contesto, sia il *point and click* sul «pulsante virtuale

²⁹⁴ OPPO, Giorgio. *Disumanizzazione del contratto?*, in *Rivista di Diritto Civile*, vol. 44, fasc. 5, 1998, p. 525-526: «Irti propone di collocarsi alternativamente o in una nozione di contratto allargata al di là dell'accordo o in una nozione di scambio senza contratto, ravvisando in ogni caso due decisioni unilaterali e destinate a restar tali: alternativa nella quale direi senz'altro preferibile la seconda «costruzione», perché né la scienza né la pratica si giovano di un annacquamento dei concetti e degli istituti».

²⁹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comercio Electrónico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001, p. 168.

²⁹⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 65-68: «Nos contratos eletrônicos, há acordo de vontade, há vontade manifestada, mesmo que de adesão e de conduta social típica. Logo, há contrato, mesmo que unilateralmente elaborado

finale», che «l'accettazione per esecuzione», consistono in una manifestazione della volontà negoziale del consumatore. Si tratta, tuttavia, di un nuovo tipo di manifestazione di volontà, inerente alla contrattazione attraverso *internet*, coerente con l'adesione e l'accettazione attraverso simboli, icone e immagini²⁹⁷. In questo senso, sulla base della disciplina del c.c., Giorgio Oppo conclude che, essendo il contratto elettronico un contratto consensuale, le trattative, il dialogo e una certa espressione linguistica non costituiscono presupposti di validità per la sua conclusione²⁹⁸.

In effetti, dobbiamo stare attenti a non trasformare in qualcosa di negativo quello che si è dimostrato estremamente positivo per l'accesso dei consumatori ai beni di consumo. La teoria della disumanizzazione del contratto offre una prospettiva pessimista, sottolineando gli aspetti negativi come se, nei rapporti di consumo attraverso *internet*, il consumatore stesse contrattando senza la sua volontà. La contrattazione elettronica ha molti vantaggi rispetto alla contrattazione tradizionale faccia a faccia, tra cui la rottura delle barriere temporali e geografiche, dando al consumatore l'accesso alle offerte professionali nazionali e internazionali, senza la necessità del suo spostamento, e in qualsiasi momento. Inoltre, l'accesso a *internet* e l'uso di «motori di ricerca» permette al consumatore un confronto più

(...); TOSI, Emilio. *Il contratto virtuale: ricostruzione della categoria negoziale*, cit., p. 110: «Ad eludere o elidere il senso del "ritorno alla parola" non vale dire che "la lingua telematica nulla ha in comune con la lingua del quotidiano parlare. Ad ammetterlo, potrebbe risponderci che l'accordo non presuppone una o altra lingua ma solo l'espressione di voleri concordanti. Ma in realtà la lingua non è "diversa" perciò che ha- come dice Irti, "carattere funzionale". Funzionale a che cosa? Come ho detto non certo a una semplice informazione; mentre ciò che occorre e basta all'accordo è un mezzo espressivo funzionale al risultato, talché non nuoce affermare la sostituibilità della lingua anche "con icone o segni del tutto convenzionali", salvo l'impiego di una o altra lingua nel contratto formale» (...) «Il ruolo del consenso (...) conserva rilevanza dovendo, comunque, essere manifestato- direttamente o indirettamente- perché lo scambio diventi vincolanti per l'oblato».

²⁹⁷ TOSI, Emilio. *Contratti informatici, telematici e virtuali. Nuove forme e procedimenti formativi*, cit., p. 224: «Conseguentemente- per quanto rileva ai fini procedimentali- detta interpretazione rafforza la qualificazione del tasto negoziale virtuale quale manifestazione espressa della volontà» (...) «Si può, quindi, correttamente, affermare che la comunicazione telematica costituisce un modello comunicazionale per simboli e segnali».

²⁹⁸ OPPO, Giorgio. *Disumanizzazione del contratto?*, cit., p. 525-533.

efficiente di caratteristiche e prezzi tra diversi prodotti simili. A conti fatti, si può dire che l'aumento della contrattazione elettronica del consumo ha portato molti più benefici che danni alla società. Sebbene sia, da un certo punto di vista, un contratto «disumanizzato», il contratto elettronico ha permesso ai consumatori, ottimizzando il loro tempo, di godere di molto più «tempo di qualità» con i loro amici e familiari, contribuendo all'«umanizzazione» della loro vita personale in un'epoca di vite accelerate.

Infatti, più rilevante che discutere della «disumanizzazione del contratto», è la costruzione di una disciplina giuridica capace di proteggere efficacemente il contraente debole nell'ambiente virtuale²⁹⁹. Per questa ragione, questa tesi difende l'interpretazione secondo la quale il contratto di compravendita deve essere interpretato al plurale perché, prendendo in considerazione le specificità dell'ordinamento giuridico che regola il contratto elettronico nei rapporti di consumo, il contratto di compravendita di consumo costituisce una categoria autonoma di contratto, motivo per cui abbiamo sviluppato, nei paragrafi precedenti, un'analisi identificando le sue caratteristiche distintive.

La compravendita elettronica nei rapporti di consumo espone il consumatore a strategie di marketing come il *cross-selling*, in cui vengono raccomandati prodotti legati all'acquisto del consumatore³⁰⁰, incoraggiando così gli acquisti d'impulso. Inoltre, la distanza non permette al consumatore di mantenere un contatto diretto con i prodotti offerti attraverso le piattaforme virtuali. Lo squilibrio derivante dalla conclusione telematica del contratto, così come l'aggressività di questa forma di contrattazione, come precedentemente dimostrato, sono risolti sia attraverso l'implementazione del formalismo informativo, sia, come verrà analizzato nel prossimo capitolo, attraverso il diritto di recesso, strumenti particolari che caratterizzano la compravendita elettronica di consumo.

²⁹⁹ OPPO, Giorgio. *Disumanizzazione del contratto?*, cit., p. 525-533.

³⁰⁰ DAWSON, Sandy; KIM, Minjeong. *External and internal trigger cues of impulse buying online*, in *Direct Marketing An International Journal*, 2009, p. 21.

CAPITOLO III- Il diritto di recesso del consumatore

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali; 2. Le modalità di estinzione del contratto e il diritto di recesso; 3. Il diritto di recesso nei rapporti di consumo; 4. L'esercizio del diritto di recesso; 5. La tempestività dell'esercizio del diritto di recesso; 6. L'estinzione dei contratti accessori in virtù dell'esercizio del diritto di recesso; 7. Eccezioni al diritto di recesso.

1. Considerazioni generali

Il «diritto di recesso» nella contrattazione di consumo a distanza è la facoltà concessa al consumatore di recedere unilateralmente da un contratto già concluso, entro un certo termine, senza alcuna penalità o necessità di presentare una motivazione. Si tratta di un'innovazione legislativa introdotta nei microsistemi di diritto del consumo brasiliano, italiano e spagnolo, che integra, come *naturalia negotii*, i contratti conclusi a distanza, con lo scopo di riequilibrare i rapporti di consumo segnati da questo tipo aggressivo di formazione contrattuale. Dato che la «compravendita elettronica di consumo» è un contratto concluso a distanza, il diritto di recesso del consumatore è la principale caratteristica che la differenzia dalle altre compravendite, evidenziando la sua autonomia rispetto alle altre.

Dal punto di vista terminologico, nel diritto spagnolo, secondo le disposizioni dell'articolo 68 del TRLGDCU, viene utilizzato il termine «*derecho de desistimiento*». Nel diritto italiano, a sua volta, ai sensi dell'art. 52 del Codice del consumo, l'istituto è identificato come «diritto di recesso». Nel diritto brasiliano, sulla base delle disposizioni del comma secondo dell'art. 49 del CDC, la dottrina ha stabilito l'espressione «*direito de arrependimento*», cioè, diritto di pentimento. Tuttavia, considerando le disposizioni del primo comma dell'art. 49, che garantisce al consumatore il diritto di «*desistir do contrato*», concludiamo che l'istituto

potrebbe anche essere identificato come «*direito de desistência*». Cioè, nel diritto brasiliano e nel diritto spagnolo, l'istituto è identificato attraverso espressioni che sottolineano il fondamento del diritto di sciogliere il contratto, mentre nel diritto italiano il nome indica l'effetto estintivo risultante dall'esercizio di tale diritto. Infine, in tutti i paesi è comune identificare questo istituto come una derivazione del «*ius poenitendi*» convenzionale, tradizionalmente previsto dal Codice civile, ma con caratteristiche innovative e distintive, sotto l'influenza dei principi che informano il diritto del consumatore.

Il diritto del consumatore di recedere da un contratto è stato introdotto per la prima volta nel diritto comunitario dalla direttiva 85/577/CEE sulla contrattazione di consumo fuori dei locali commerciali, poiché si tratta di una modalità aggressiva di formazione contrattuale, in cui il consumatore viene avvicinato impreparato a casa o sul posto di lavoro. È stato su ispirazione di questa direttiva europea che il legislatore brasiliano ha scelto di introdurre, nell'art. 49 del Codice di difesa del consumatore del 1990, il diritto di recesso nei contratti «negoziati fuori dei locali commerciali», alla luce della maggiore necessità di proteggere i consumatori in quei contratti dove si riscontrano pratiche contrattuali aggressive, che spingono il consumatore a stipulare contratti impulsivamente e senza la possibilità di valutare adeguatamente la convenienza della transazione.

Successivamente, attraverso la direttiva 97/7/CE, questo istituto è stato esteso anche ai contratti di consumo conclusi a distanza, cioè quelli in cui il consumatore e il professionista sono fisicamente assenti l'uno dall'altro³⁰¹. Tuttavia, nel caso della contrattazione a distanza, come analizzato nel primo paragrafo del capitolo II di questa tesi, l'istituto del diritto di recesso è stato attuato in vista di un altro tipo di formazione contrattuale aggressiva, caratterizzata sia dalla distanza tra il consumatore e il prodotto, sia dalla distanza tra il consumatore e il professionista. In questo contesto, la distanza tra il consumatore ed il prodotto da acquistare gli

³⁰¹ Sul diritto di recesso nella direttiva 97/7/CE si rinvia BARCA, Alessandro. *Il Diritto di recesso nei contratti del consumatore*. Milano: Giuffrè Editore, 2011.

impedisce di verificare le sue vere caratteristiche e il suo funzionamento, rappresentando un grande svantaggio informativo nella formazione del contratto. Questo squilibrio può essere mitigato a partire dall'attuazione del diritto del consumatore di «ripensare» la transazione ed eventualmente di recedere il contratto, cioè di pentirsi.

Come spiegato nel primo capitolo, nel paragrafo sulle «Fonti del diritto dei consumatori», le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE sono state sostituite dalla direttiva 2011/83/UE, per mezzo della quale è stata aggiornata la materia della contrattazione a distanza e fuori dei locali commerciali alle nuove esigenze del mercato e di tutela dei consumatori. Di conseguenza, i cambiamenti segnalati da questa direttiva sono confluiti nel TRLGDCU spagnolo, attraverso la legge 3/2014 e nel Codice del consumo italiano, attraverso il decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21. Una delle ragioni principali dell'aggiornamento della materia è stata proprio quella di adattare l'istituto del diritto di recesso alla contrattazione a distanza su *internet* ed alle sue peculiarità. Nel diritto brasiliano, vista la necessità di adattare il microsistema del diritto dei consumatori alle nuove tecnologie dell'informazione, l'istituto del diritto di recesso è attualmente soggetto a riforma a partire dal disegno di legge n. 3514/15, per la modifica dell'art. 49 del CDC, tra le altre discipline.

Uno dei grandi dibattiti tra gli studiosi del diritto europeo, emerso dal momento in cui è stato introdotto il diritto di recesso come diritto del consumatore, è se il diritto di recesso si applichi ad un contratto già concluso, cioè agli effetti di quel contratto, o se sia uno strumento appartenente della procedura di formazione contrattuale. Il dibattito ha come nucleo la questione della formazione del contratto e, accanto ad essa, quella del principio *pacta sunt servanda*, consolidato nel diritto civile, secondo il quale il contratto, una volta costituito, ha forza di legge tra le parti³⁰². Ma, alla fine, il diritto di recesso impedisce la formazione del contratto di consumo o estingue un contratto già costituito?

³⁰² LARROSA AMANTE, Miguel Ángel. *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*. Valencia: Tirant lo blanch, 2017, p. 79.

Su questo argomento, la dottrina spagnola e italiana si è divisa in due correnti predominanti, una che difende la tesi «sostanziale» o della «perfezione istantanea del contratto» e quella che difende la teoria opposta, chiamata «procedimentale» o della «perfezione differita del contratto»³⁰³. Secondo la tesi «procedimentale», o della «perfezione differita del contratto», il diritto di recesso sarebbe uno strumento integrante la procedura di formazione del contratto e, di conseguenza, anteriore la sua conclusione. In questa forma, il diritto di recesso non sarebbe un meccanismo per sciogliere un legame già perfetto³⁰⁴, in considerazione del fatto che, in questo frattempo di trattativa, il vincolo contrattuale non si sarebbe ancora formato, essendo una figura integrativa della formazione contrattuale.

Cioè, secondo questa tesi, il termine per l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore scadrebbe prima della conclusione effettiva del contratto, impedendo la sua formazione. Si distinguono, all'interno della tesi «procedimentale», due versioni. La versione «tradizionale» della tesi «procedimentale» classifica il recesso come una figura all'interno di figure tipiche della formazione del contratto. D'altra parte, si contrappone la vertente secondo la quale il diritto di recesso sarebbe appartenente ad uno particolare procedimento di formazione del contratto³⁰⁵.

Le teorie procedimentali del diritto di recesso, che lo posizionano come un atto del consumatore anteriore all'effettiva conclusione contrattuale, rappresentano un tentativo di mantenere illeso il principio *pacta sunt servanda*³⁰⁶. La corrente che difende questa teoria prende in considerazione le disposizioni dell'art. 12 della

³⁰³ PANIZA FULLANA, Antonia. *Contratación a distancia y defensa de los consumidores*. Granada: Editorial Comares, 2003, p. 227-231: «Concentrándonos el estudio de la naturaleza de este derecho de desistimiento se pueden mencionar dos posturas: aquella que mantiene que el contrato no se perfecciona hasta transcurrido el período en el que es posible ejercer el derecho de desistimiento y se retrasa, por tanto, el momento de perfección del contrato y aquella que, siguiendo los preceptos clásicos, entiende perfeccionado el contrato por el concurso de la oferta y la aceptación».

³⁰⁴ PIGNALOSA, Maria Pia. *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, cit., p. 130.

³⁰⁵ PIGNALOSA, Maria Pia. *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, cit., p. 128.

³⁰⁶ PATTI, Francesco Paolo. *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, cit., p. 1031.

direttiva 2011/83/UE, che tratta degli effetti del recesso. Secondo le disposizioni di questo articolo, l'esercizio del diritto di recesso, oltre a porre «termine agli obblighi delle parti di eseguire il contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali», determina anche il termine degli obblighi di «concludere un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali, nei casi in cui un'offerta sia stata fatta dal consumatore» (art. 12, lett. *b*)³⁰⁷.

Questa seconda parte dell'articolo è la fonte di diverse controversie riguardanti la natura e gli effetti del recesso. Come si può osservare, l'oggetto delle disposizioni dell'art. 12, lett. *b* della direttiva 2011/83/UE riguarda il diritto di recesso che mira a estinguere gli effetti di un'offerta contrattuale fatta eccezionalmente dal consumatore, che di fatto frustra la formazione del contratto. Salvatore Mazzamuto, in questo senso, conclude essere il diritto di recesso il «cumulo dei due strumenti di autotutela, il recesso e l'ordinaria revoca» *ex art. 1328 c.c. italiano*³⁰⁸.

La funzione dell'ipotesi prevista nella lett. *b* dell'art. 12 della direttiva, nel consentire il recesso da una offerta da parte del consumatore, è quella di impedire pratiche commerciali in cui il professionista induca il consumatore a fare una proposta, nonostante il fatto che il contratto sia stato precedentemente e unilateralmente redatto dal professionista stesso, e che i contratti sui *websites*, ad esempio, siano automaticamente perfezionati quando l'ordine viene inviato³⁰⁹. In ogni caso, la teoria procedimentale non si sostiene perché sebbene il contratto si formi a partire da una proposta fatta dal consumatore, il diritto di sciogliere il contratto dopo la sua conclusione, come previsto dall'art. 12, lett. *a*, persiste ancora.

Da un'altra prospettiva, secondo la teoria «sostanziale», il diritto di recesso sarebbe uno strumento per sciogliere un contratto già concluso³¹⁰. Così, il recesso non sarebbe parte integrante della formazione contrattuale, ma un elemento

³⁰⁷ BATTELLI, Ettore. *I contratti a distanza e i contratti fuori dai locali commerciali*, cit., p. 238.

³⁰⁸ MAZZAMUTO, Salvatore. *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, cit., p. 861 ss.

³⁰⁹ PATTI, Francesco Paolo. *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, cit., p. 1007; BATTELLI, Ettore. *I contratti a distanza e i contratti fuori dai locali commerciali*, cit., p. 239.

³¹⁰ PIGNALOSA, Maria Pia. *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, cit., p. 143.

sopravveniente, che incide sul contratto già concluso, e relativizza il principio millenario *pacta sunt servanda*. Secondo questa teoria, il recesso del consumatore agirebbe sul piano dell'efficacia del contratto, sui suoi effetti³¹¹. La teoria sostanziale è la più accettata dai giuristi europei. Anche se il legislatore comunitario lascia agli Stati membri il compito di regolare la formazione del contratto, tale conclusione è evidente a partire dall'art. 9, comma 2, lett. *a* della direttiva 2011/83/UE, con l'uso dell'espressione «conclusione del contratto», e anche con l'uso dell'espressione «risoluzione», in riferimento ai contratti accessori, nel art. 15, paragrafo 2.

Nel diritto brasiliano, il diritto di recesso è un diritto del consumatore, positivizzato nell'art. 49 del CDC, che garantisce la facoltà di sciogliere un contratto concluso a distanza o fuori dei locali commerciali nei rapporti di consumo. Cioè, la legge brasiliana adotta la teoria «sostanziale» del diritto di recesso, secondo la quale il diritto di recesso sorge come effetto *ex lege* della stipula di contratti conclusi a distanza. Inoltre, da quanto approfondito nel capitolo II di questa tesi, è chiaro che il contratto a distanza, specialmente nella modalità elettronica nei siti *web*, si considera concluso a partire dall'accettazione del consumatore, espressa o tacita, attraverso il sistema *point and click* sul pulsante virtuale negoziale, senza la quale il consumatore non sarebbe vincolato al contratto. Si conclude, dunque, che il contratto a distanza si forma dall'incrocio della proposta e dell'accettazione del consumatore, e che la possibilità di esercitare il diritto di recesso presuppone la previa conclusione del contratto.

³¹¹ PIGNALOSA, Maria Pia. *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, cit., p. 143.

2. Le modalità di estinzione del contratto e il diritto di recesso

Il diritto di recesso, nei contratti conclusi a distanza, garantisce al consumatore la facoltà di estinguere unilateralmente un contratto dopo la sua conclusione. Si tratta di un'innovazione introdotta dal legislatore con l'obiettivo di proteggere il consumatore nei contratti a distanza, la cui categoria comprende i contratti elettronici di consumo. Nelle codificazioni moderne, l'estinzione del contratto è una disciplina che si applica ai contratti in generale, compresi i contratti nei rapporti di consumo. Partendo da questo presupposto, è necessario verificare se il diritto di recesso nei contratti a distanza sia un istituto che si inserisce tra le forme tradizionali scioglimento del contratto regolate dal diritto civile, o se costituisca una figura *sui generis*, con caratteristiche proprie e distinte, creata appositamente per tutelare il consumatore di fronte a determinati tipi di contratti e modalità di formazione del contratto. A tal fine, sarà necessario rivisitare le modalità di estinzione del contratto della teoria generale del diritto.

I contratti in generale possono essere estinti fondamentalmente attraverso il loro annullamento o la risoluzione, non attraverso l'adempimento, che non è un modo di estinzione del contratto, ma dell'obbligo che ne deriva. Ciò perché, come chiarisce Cesare Massimo Bianca: «l'adempimento delle obbligazioni contrattuali non integra l'estinzione del contratto ma, al contrario, la sua esecuzione»³¹². Il diritto di recesso del contratto può essere definito come una modalità estintiva, in virtù del quale si verifica il suo scioglimento come conseguenza di un evento giuridicamente rilevante e sopravvenuto alla sua formazione, che ne impedisce la conservazione. Secondo il criterio delle fonti, il diritto all'estinzione del contratto

³¹² BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile. Il Contratto*, cit., p. 732: «L'adempimento delle obbligazioni contrattuali non integra l'estinzione del contratto ma, al contrario, la sua esecuzione» (...) «I risultati conseguiti a seguito dell'esecuzione del contratto sono risultati che permangano sul presupposto del permanere del contratto, e cioè del permanere della sua efficacia».

si suddivide in convenzionale e legale³¹³. Il recesso convenzionale risulta da un negozio giuridico bilaterale o unilaterale³¹⁴. Nella categoria dello scioglimento negoziale bilaterale, sono incluse le ipotesi di «*distrato*» (artt. 472 c.c. brasiliano) e di avveramento di una condizione risolutiva espressamente prevista nel contratto (art. 128 c.c. brasiliano). Il «*distrato*» si basa sul presupposto che qualsiasi contratto può essere sciolto attraverso un accordo (art. 472 c.c. brasiliano). Nel diritto italiano, il c.d. «*distrato*» del c.c. brasiliano può essere assimilato all'estinzione del contratto per mutuo dissenso.

Lo scioglimento negoziale unilaterale, a sua volta, deriva da una clausola che lo permette attraverso la denuncia o una dichiarazione unilaterale di volontà con effetto risolutivo. L'articolo 473 del Codice civile brasiliano, oltre a contemplare l'ipotesi *ex lege* di recesso unilaterale del contratto, permette l'inserimento nel contratto di una clausola di recesso *ex voluntate*. Questa possibilità è anche contenuta nell'art. 418 del c.c. brasiliano, disciplina l'istituto della caparra penitenziale, disponendo che: «*se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito*». Nel diritto italiano, la possibilità di includere il diritto di recesso dal contratto è prevista dall'art. 1373 del Codice civile, che stabilisce che «se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione». A sua volta, la caparra penitenziale è prevista dall'articolo 1386 del c.c. italiano, secondo il quale: «*se nel contratto è stipulato il*

³¹³ MEZZETTI, Andrea; LIGI, Saverio. *Art.52*, in GAMBINO, Alberto Maria; NAVA, Gilberto. *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 115.

³¹⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Sistema de derecho civil. El contrato en general. La relación obligatoria*. Vol. II (tomo 1), cit., p. 255: «*Llamamos resolución a la extinción sobrevenida de una relación obligatoria que se produce como consecuencia de una declaración de voluntad o del ejercicio de una acción judicial, que no es, sin embargo, reflejo de una facultad absolutamente libre, sino que tiene que encontrarse fundada en un supuesto previsto legalmente como causa de resolución*».

diritto di recesso per una sola o per entrambe le parti, la caparra ha la sola funzione di corrispettivo del recesso».

Il recesso *ex lege* dal contratto può essere definito come un diritto previsto dalla legge che permette di sciogliere un contratto attraverso una dichiarazione unilaterale di volontà³¹⁵. In virtù del principio *pacta sunt servanda*, da cui deriva la forza obbligatoria dei contratti, in linea di principio il contratto non può essere sciolto per mezzo di una dichiarazione unilaterale di volontà, poiché i contratti sono fatti per essere eseguiti. Cioè, una volta che il contratto viene concluso, le parti si impegnano a eseguire gli obblighi in esso contenuti, con la conseguenza che il loro inadempimento è fonte di responsabilità contrattuale, il che esclude, in linea di principio, la possibilità di motivare il suo scioglimento con il recesso di una delle parti. Tuttavia, ci sono situazioni previste dalla legge che permettono lo scioglimento unilaterale del contratto. L'art. 473 del Codice civile prevede che, nei casi in cui la legge lo permette espressamente o implicitamente, lo scioglimento opera per mezzo di una denuncia notificata all'altra parte. Lo scioglimento *ex lege*, in virtù di questa caratteristica, in base alla quale si permette di sciogliere il contratto con un atto unilaterale, si chiama, in senso stretto, recesso.

Il recesso legale può essere tripartito, come spiegato da Francesco Paolo Patti, in recesso determinativo, impugnativo e penitenziale³¹⁶. Il diritto di recesso determinativo consiste nello scioglimento del contratto ad esecuzione continuata o periodica con una durata indeterminata, su preavviso o denuncia. È considerato ordinario perché, per la sua natura, con lo scopo di evitare vincoli di natura perpetua, in un contratto con prestazione continuata e durata indeterminata, il diritto di sciogliere il contratto non può essere messo da parte per la volontà delle parti³¹⁷. L'art. 1373 del Codice civile italiano dispone che: «nei contratti a esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione». Il

³¹⁵ MEZZETTI, Andrea; LIGI, Saverio. *Art.52*, cit., 2014, p. 115.

³¹⁶ PATTI, Francesco Paolo. *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, cit., p. 1007.

³¹⁷ MEZZETTI, Andrea; LIGI, Saverio. *Art.52*, cit., p. 115.

diritto di recesso impugnativo, per giusta causa, o straordinario, è quello che permette la risoluzione del contratto attribuibile a un fatto sopravvenuto alla sua conclusione³¹⁸. Tra questi eventi c'è l'inadempimento (art. 475 c.c. brasiliano; art. 1453 c.c. italiano); l'impossibilità sopravvenuta (art. 234 c.c. brasiliano; art. 1463 c.c. italiano) e l'eccessiva onerosità (art. 478 c.c. brasiliano; art. 1467 c.c. italiano).

È importante sottolineare che queste modalità tradizionali di recesso si applicano anche ai rapporti di consumo. Questo perché il consumatore ha anche il diritto di sciogliere un contratto ad esecuzione periodica per evitare la sua perpetuità, nel qual caso utilizzerà il «recesso determinativo», o di sciogliere un contratto per inadempimento, ipotesi di «recesso impugnativo». In questo contesto, il contratto nei rapporti di consumo è regolato dagli stessi principi del diritto contrattuale in generale. Per questa ragione, la libertà di contrattare, basata sul principio dell'autonomia privata, costituisce anche uno dei pilastri del diritto contrattuale nei rapporti di consumo. Allo stesso modo, in nome del principio *pacta sunt servanda*, una volta stipulato il contratto di consumo, come regola generale il vincolo non può essere sciolto per mezzo di una dichiarazione unilaterale di volontà. Inoltre, il principio dell'autonomia privata permette anche l'inclusione del diritto di recesso convenzionale nei contratti di consumo.

Tuttavia, la modalità convenzionale di recesso, regolata dal diritto comune, presuppone la conclusione di un contratto tra parti formalmente uguali, motivo per cui la sua inclusione nel contratto, in generale, è attribuibile a entrambi i poli del contratto, favorendo quello con maggiore potere contrattuale. Tuttavia, il contratto nei rapporti di consumo è quello stabilito tra i consumatori e i professionisti, considerati, alla luce della legislazione sul consumo, come parti disuguali. Non a caso, a causa del carattere protettivo, l'incidenza del tradizionale diritto di recesso nei rapporti tradizionali di consumo subisce delle modifiche. Per esempio, in nome del principio di tutela della parte socialmente debole, l'inclusione del recesso convenzionale può avvenire solo a favore del consumatore. L'ipotesi di

³¹⁸ PATTI, Francesco Paolo. *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, cit., p. 1007.

disposizione di recesso a favore del professionista sarebbe considerata una pratica abusiva di «esigere dal consumatore un vantaggio manifestamente eccessivo» (art. 39, V, CDC brasiliano), ragione per cui le clausole che «autorizzano il fornitore a cancellare unilateralmente il contratto» e che «lasciano al fornitore l'opzione di concludere o meno il contratto» sono considerate nulle, ai sensi dell'art. 51, IX e XI del CDC brasiliano.

Il recesso «penitenziale», a sua volta, derivante dall'esercizio del diritto di recesso del consumatore, costituisce un'innovazione rispetto alle forme tradizionali di estinzione del contratto, essendo una figura *sui generis*. Questo perché si tratta di un recesso *ex lege* creato, nel caso dei contratti a distanza, con la funzione specifica di tutelare il consumatore in questa forma aggressiva di formazione contrattuale. Il diritto di recesso del consumatore nei contratti stipulati a distanza, con particolare riferimento a quello per via elettronica, sarà oggetto di un'analisi specifica nel prossimo paragrafo.

3. Il diritto di recesso nei rapporti di consumo

Il diritto di recesso è la principale caratteristica della «compravendita elettronica di consumo» che la distingue dagli altri tipi di compravendita, rendendola una categoria autonoma rispetto alle altre. Il diritto di recesso nella contrattazione a distanza è un'innovazione introdotta in diversi microsystemi del diritto dei consumatori, che attribuisce al consumatore la facoltà di recedere unilateralmente da un contratto, entro un determinato termine e senza necessità di fornire alcuna motivazione. Sia il CDC brasiliano che la direttiva 2011/83/UE e il Codice del consumo italiano non forniscono una definizione del diritto di recesso nella contrattazione di consumo a distanza. Nel diritto spagnolo, invece, il legislatore ha definito il diritto al recesso come «*la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte*

contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase» (art. 68 del TRLGDCU spagnolo).

Come si è visto nel capitolo precedente, sebbene i tradizionali diritti di scioglimento contrattuale, con alcune restrizioni, siano applicabili anche ai rapporti di consumo, questi tipi di scioglimento contrattuale non devono essere confusi con il diritto di recesso istituito con la funzione di tutela del consumatore nella contrattazione a distanza, con particolare riferimento ai contratti elettronici, oggetto della presente tesi. L'introduzione, all'interno del microsistema di protezione dei consumatori, di un recesso *ex lege*, volto alla specifica tutela del contraente debole, è stata un'iniziativa rivoluzionaria del legislatore brasiliano, comunitario, italiano e spagnolo, poiché rappresenta una rottura del principio *pacta sunt servanda*, consolidato nel diritto civile. In questo contesto, Francesco Ricci afferma che il diritto di recesso si discosta da alcune regole del diritto tradizionale, allo scopo di tutelare il consumatore³¹⁹.

Il diritto di recesso concesso al consumatore nella contrattazione a distanza è, in effetti, un nuovo tipo di scioglimento del contratto *ex lege*, considerato *sui generis* rispetto alle altre modalità di scioglimento dei contratti, in considerazione della sua natura protettiva. Per questo motivo, è anche identificato come un «recesso di protezione». L'istituzione del diritto di recesso in alcuni settori del diritto dei consumatori deriva dall'insufficienza di strumenti come la buona fede e l'annullabilità del contratto per vizi del consenso per proteggere gli interessi del contraente debole³²⁰. In questo contesto, la distanza tra il consumatore e il bene acquistato non gli permette di verificare le sue reali caratteristiche e funzionalità, impedendo l'autentica formazione della sua volontà contrattuale. D'altra parte, si verifica anche la distanza tra il consumatore e il venditore stesso, che rende difficile la comunicazione e l'identificazione tra di loro. Inoltre, nel contesto della

³¹⁹ RICCI, Francesco. *La disciplina delle vendite a distanza ai consumatori*, in CLARIZIA, Renato (a cura di). *I contratti informatici*. Torino: UTET giuridica, 2007, p. 321.

³²⁰ PATTI, Francesco Paolo. *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, cit., p. 1007.

contrattazione a distanza su *internet*, la decisione del consumatore si basa sulle immagini presenti sulle piattaforme digitali, e sulle descrizioni del prodotto redatte dal professionista stesso, che sono in grado di condizionare le scelte dell'acquirente. Questa tecnica di contrattazione è favorevole a generare decisioni affrettate, d'impulso, senza che il consumatore abbia avuto la possibilità di riflettere sulla reale convenienza dell'operazione.

Il diritto di recesso è dunque un diritto di uno *spatium deliberandi*, o *cooling period*³²¹, dentro il quale il consumatore può riflettere sul bene o servizio contrattato, e sulla convenienza dell'operazione economica, essendo possibile lo scioglimento del legame contrattuale. Tuttavia, va sottolineato che nei microsistemi di protezione dei consumatori, questo diritto di recesso non ha un carattere generale, ma eccezionale³²², perché è previsto solo per certi tipi di contratti o certe modalità di conclusione del contratto, in cui il consumatore si trova in una situazione di maggiore vulnerabilità. Nel diritto comunitario, italiano e spagnolo, tenendo conto del tipo di contratto, questo diritto è stato stabilito, per esempio, indipendentemente dalla forma di conclusione contrattuale, con riferimento ai contratti di multiproprietà, di credito al consumo e di vendita di pacchetti turistici. D'altra parte, sia nel diritto brasiliano, comunitario, italiano e spagnolo, lo *ius poenitendi* è stato stabilito nei contratti «a distanza» e «fuori dei locali commerciali» in considerazione non del contenuto del contratto ma della modalità di formazione³²³. Così, nei contratti a distanza, il diritto di recesso ha una natura «trasversale», non

³²¹ BATTELLI, Ettore. *I contratti del commercio online*, cit., p. 394.

³²² BELUCHE RINCÓN, Iris. *El derecho de desistimiento del consumidor*. Valencia: Tirant lo blanch, 2009, p. 39: «El derecho a desistir que el Texto Refundido de la Ley General sintetiza no ha sido nunca, atribuido al consumidor con carácter general por el mero hecho de tener tal condición (...). La posibilidad de desistimiento sólo juega en favor del consumidor en el ámbito de aquellas relaciones contractuales de consumo en las que convencionalmente le haya sido reconocido tal derecho (...) y en aquellas que cuentan con una regulación especial (...); PATTI, Francesco Paolo. *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, cit., p. 1010: «al recesso del consumatore viene attribuita natura eccezionale, in quanto può operare soltanto nei casi previsti».

³²³ BENEDETTI, Alberto Maria. *Recesso del consumatore*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali IV. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 957; PATTI, Francesco Paolo. *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, cit., p. 1007.

tipologica³²⁴, vale a dire che si applica come regola a tutti i tipi di contratti conclusi a distanza, come nella compravendita elettronica di consumo.

Inoltre, sebbene il diritto di recesso abbia, in relazione al microsistema del diritto dei consumatori, un carattere eccezionale, nel caso di contratti conclusi a distanza, con particolare riferimento a quelli conclusi su *internet*, l'istituto assume un carattere generale³²⁵. Pertanto, il diritto di recesso si applica come regola generale alla «compravendita elettronica di consumo» tenendo conto che si tratta di un contratto a distanza, attraverso mezzi elettronici di comunicazione. Nel contesto della «compravendita elettronica di consumo», il diritto di recesso è, insieme ai diritti d'informazione, uno dei principali strumenti di protezione dei consumatori, differenziando questo tipo di compravendita dalle altre compravendite. Secondo Ezio Guerinoni, si tratta di uno strumento estremamente efficace, poiché, a differenza di altri strumenti di tutela, «è immediatamente azionabile dal contrattante debole in via di autotutela»³²⁶. Oltre allo scopo diretto di tutelare gli interessi dei consumatori, il diritto di recesso, nel permettere lo scioglimento dei contratti che non soddisfano gli interessi dei consumatori, ha anche la funzione di promuovere la concorrenza nel mercato³²⁷.

Il diritto di recesso è un diritto *ex lege*, introdotto attraverso una norma di ordine pubblico, che non può essere escluso dalla volontà delle parti. La norma che istituisce il diritto di recesso è imperativa, per cui non può essere derogata o

³²⁴ PIGNALOSA, Maria Pia. *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, cit., p. 33: «Quanto all'ambito di applicazione oggettivo indicato dall'art. 46 cod. cons (...) conferma la natura trasversale e non tipologica della disciplina»; PATTI, Francesco Paolo. *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, cit., p. 1016: «Nelle due ipotesi esaminate (contratti stipulati fuori dai locali commerciali e a distanza), il legislatore europeo ha dettato una disciplina che tocca trasversalmente tutti i tipi contrattuali».

³²⁵ BATTELLI, Ettore. *I contratti a distanza e i contratti fuori dai locali commerciali*, cit., p. 238.

³²⁶ GUERINONI, Ezio. *I contratti del consumatore. Principi e regole*, cit., p. 377.

³²⁷ BEDNARZ, Zofia. *Derecho de desistimiento en la contratación electrónica con consumidores: áreas problemáticas y posibilidades de mejora*, in *La Ley mercantil*, n. 42, 2017, p. 4: «el período de reflexión otorgado a los consumidores cumple con varias funciones en el sistema de contratación electrónica en el Mercado interno de la unión»; PATTI, Francesco Paolo. *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, cit., p. 1007.

rinunciata dalla volontà delle parti³²⁸. Cioè, nell'offerta formulata dal professionista, non può essere inserita una clausola che preveda l'esclusione o la limitazione all'esercizio di questo diritto garantito al consumatore³²⁹. Di conseguenza, sono considerate nulle le clausole che limitano il diritto del consumatore di recedere dal contratto³³⁰. Il carattere inderogabile dello *ius poenitendi* garantisce la sua efficacia, come una modalità di diritto di recesso *ex lege* di carattere protettivo.

Il diritto di recesso, per la sua natura protettiva, è irrinunciabile. Nel diritto comunitario, l'art. 25 della direttiva 2011/83/UE sottolinea la sua natura imperativa nel prevedere che «i consumatori non possono rinunciare ai diritti conferiti loro dalle misure nazionali di recepimento della presente direttiva»³³¹. Poi, lo stesso articolo prevede che «eventuali clausole contrattuali che escludono o limitino, direttamente o indirettamente, i diritti derivanti dalla presente direttiva, non vincolano il consumatore». Questo articolo della direttiva è stato recepito nell'ordinamento giuridico italiano dall'art. 66-ter del Codice del consumo³³² e,

³²⁸ Nell'art. 143 del Codice del consumo italiano si trova la disposizione generale di irrinunciabilità dei diritti del consumatore, come segue: «I diritti attribuiti al consumatore dal codice sono irrinunciabili. È nulla ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice». L'art. 10 del TRLGDCU spagnolo, sulla «*Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario*» a sua volta, dispone che «*La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil*».

³²⁹ MEZZETTI, Andrea; LIGI, Saverio. *Art.52*, cit., p. 117.

³³⁰ TOMMASINI, Raffaele. *Codice del consumo e ius poenitendi*, in PERLINGIERI, Pietro; CATERINI, Enrico (a cura di). *Il Diritto dei Consumi*. Vol. III. Rende: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 286.

³³¹ Articolo 25 della direttiva 2011/83/UE. Carattere imperativo della direttiva. Se il diritto applicabile al contratto è quello di uno Stato membro, i consumatori non possono rinunciare ai diritti conferiti loro dalle misure nazionali di recepimento della presente direttiva. Eventuali clausole contrattuali che escludano o limitino, direttamente o indirettamente, i diritti derivanti dalla presente direttiva, non vincolano il consumatore.

³³² PIGNALOSA, Maria Pia. *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, cit., p. 122: «Quanto all'ultima caratteristica del recesso, l'irrinunciabilità, deve rilevarsi come la stessa discenda dall'art. 66-ter cod.cons. che esclude espressamente la facoltà di rinuncia da parte dei consumatori dei diritto loro riconosciuti, prevedendosi inoltre che eventuali clausole contrattuali che li escludano o li limitino non vincolano il consumatore».

nell'ordinamento giuridico spagnolo, dall'articolo 92, paragrafo 3 del TRLGDCU³³³. A sua volta, l'art. 10 del TRLGDCU dispone che: «*la renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula*». Nel diritto brasiliano, l'art. 51 del CDC stabilisce che sono nulle le clausole contrattuali che implicano la rinuncia o la disposizione dei diritti dei consumatori. Come si può osservare, questa irrinunciabilità *lato sensu* garantisce sia l'inderogabilità delle norme imperative contenute nella legislazione dei consumatori e, *ipso facto*, la nullità delle clausole contrarie alle sue disposizioni³³⁴, che la irrinunciabilità in senso stretto dei diritti soggettivi dei consumatori, riconosciuti dalla legge o dal contratto³³⁵.

Il diritto conferito al consumatore di estinguere il contratto dopo la sua conclusione è caratterizzato come un diritto potestativo. Secondo la definizione di Pietro Perlingieri, il diritto potestativo è quello che «attribuisce al suo titolare il potere di provocare unilateralmente una vicenda giuridica sfavorevole per un altro soggetto», per costituzione, modifica ed estinzione di diritti o situazioni soggettive³³⁶. Cioè, il diritto di recesso garantisce al consumatore il diritto potestativo di estinguere il contratto e, *ipso facto*, il diritto di credito del professionista, attraverso un atto unilaterale di volontà. In questo modo, il diritto potestativo di recesso conferito al consumatore pone il professionista in uno stato di soggezione rispetto alla sua decisione.

³³³ Articolo 66-ter Codice del Consumo italiano. Carattere imperativo. 1. Se il diritto applicabile al contratto è quello di uno Stato membro dell'Unione europea, i consumatori residenti in Italia non possono rinunciare ai diritti conferiti loro dalle disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo. 2. Eventuali clausole contrattuali che escludano o limitino, direttamente o indirettamente, i diritti derivanti dalle disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo, non vincolano il consumatore.

³³⁴ TOMMASINI, Raffaele. *Codice del consumo e ius poenitendi*, cit., p. 286: «lo ius poenitendi è, inoltre, irrinunciabile, qualunque patto contrario è nullo. Una tale inderogabilità del potere di recesso, anche quando questo è previsto, non esiste nel nostro diritto positivo tradizionale».

³³⁵ SOSA OLÁN, Henry; RABELO HARTMANN, Fernando. *Contratación electrónica: el derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor*. Ciudad del México: Tirant lo blanch, 2018, p. 177: «El derecho de desistimiento es irrenunciable para el consumidor (art. 10 TRLGDCU), pues las leyes que lo otorgan tienen carácter imperativo».

³³⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 87.

In altre parole, il diritto potestativo di recesso conferisce al consumatore la facoltà di estinguere il contratto, attraverso un atto unilaterale di volontà «*ad nutum*» e «*ad libitum*»³³⁷. L'atto è considerato *ad nutum* e *ad libitum* perché il consumatore può esercitarlo secondo la propria volontà, senza la necessità di fornire alcuna motivazione o giustificazione. Secondo la dottrina maggioritaria, questo è, in effetti, un diritto discrezionale, «valido anche in mancanza di una giusta causa o un giustificato motivo»³³⁸.

Il diritto di recesso è, inoltre, incondizionato, a differenza di ciò che avviene rispetto allo *ius poenitendi* civile, poiché esso non può essere sottoposto a condizioni diverse da quelle previste dalla legge, al fine di non ostacolare o scoraggiare il suo esercizio da parte del consumatore, garantendo la sua effettiva

³³⁷ PEÑA LÓPEZ, Fernando. *Artículo 102. Derecho de desistimiento*, in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Editorial Aranzadi S/A, 2015, p. 1541: «*el hecho de que el desistimiento se pueda ejercitar ad nutum, esto es, sin necesidad de legar causa alguna que lo justifique, implica que es la sola voluntad del consumidor, al margen de cualquier consideración de los motivos que la originan, la que provoca la pérdida de vigencia de la relación contractual. Los únicos límites genéricos que se aplican a cualquier declaración de voluntad con eficacia jurídica: el ejercicio del derecho de desistimiento debe ser conforme la buena fe y no puede constituir abuso del derecho*»; TOMMASINI, Raffaele. *Codice del consumo e ius poenitendi*, cit., p. 284: «è un diritto di pentimento che può essere esercitato *ad libitum* (libero e insindacabile) a prescindere, cioè, da qualunque motivazione o giustificazione»; SOSA OLÁN, Henry; RABELO HARTMANN, Fernando. *Contratación electrónica: el derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor*, cit., p. 172: «Es un derecho *ad nutum*, libre de toda condición».

³³⁸ SALVI, Gabriele. *Art. 52. Diritto di recesso*, in CAPOBIANCO, Ernesto; MEZZASOMA, Lorenzo; PERLINGIERI, Giovanni. *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. Seconda edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 333: «Sul punto la dottrina si è divisa. Secondo l'opinione maggioritaria la piena discrezionalità del recesso è completa e, pertanto, esso è valido anche in mancanza di una giusta causa o un giustificato motivo, addirittura, potendo assumere i caratteri della capricciosità»; PIGNALOSA, Maria Pia. *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, cit., p. 113: «nell'esercizio del diritto di recesso in esame il consumatore goda di un potere assolutamente discrezionale; nel ripensare la propria scelta non deve fornire alcuna motivazione». Sulla caratteristica discrezionale del diritto di recesso, si veda anche: ATELLI, Massimiliano. *Il problema della sindacabilità della decisione di esercizio dello ius poenitendi attribuito «ex lege» al consumatore*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2001, p. 359-394; MANCALEONI, Anna Maria. *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, 2005.

libertà di scelta³³⁹. In questo senso, Bruno Miragem sottolinea che il diritto di recedere del consumatore non dipende da situazioni specifiche, come l'esistenza di difetti di conformità o di vizi del prodotto, per essere esercitato³⁴⁰. L'istituzione di una clausola contenente condizioni al recesso del consumatore comporta la sua nullità (art. 51, IV, del CDC; art. 68, paragrafo 1, TRLGDCU spagnolo)³⁴¹.

L'incondizionalità del diritto di recesso, inoltre, ha anche come conseguenza la sua gratuità³⁴². Così, l'esercizio dello *ius poenitendi* non può essere condizionato al pagamento di un valore monetario o di una penalità³⁴³ dal consumatore, ciò che potrebbe influenzare la sua decisione di recedere dal contratto. In questo senso, secondo l'art. 49, comma unico del CDC brasiliano, «gli importi eventualmente pagati, a qualsiasi titolo, durante il periodo di riflessione, saranno restituiti» al consumatore. Nel diritto comunitario, italiano e spagnolo, allo stesso modo, sulla base del principio della gratuità del diritto di recesso, il consumatore non deve sostenere costi o penalità per il suo esercizio (art. 9, direttiva 2011/83/UE; art. 52 c. cons. italiano; art. 73, TRLGDCU spagnolo).

Come conseguenza del principio della gratuità dell'esercizio del diritto di recesso, sia gli importi corrispondenti al costo del bene stesso che quelli relativi alla sua consegna saranno restituiti al consumatore. Si sottolinea, tuttavia, che il principio della gratuità dell'esercizio del diritto di recesso, come sarà approfondito nel capitolo IV di questa tesi, sul diritto restitutorio, non implica l'assenza di

³³⁹ TOMMASINI, Raffaele. *Codice del consumo e ius poenitendi*, cit., p. 285: «il recesso è incondizionato, nel senso che non può essere subordinato al pagamento di alcun corrispettivo o penalità».

³⁴⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*, cit., p. 378.

³⁴¹ Art. 68 TRLGDCU 1. (...) *Serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento*.

³⁴² SOSA OLÁN, Henry; RABELO HARTMANN, Fernando. *Contratación electrónica: el derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor*, cit., p. 188-189: «f) Sin penalización alguna para el consumidor: El ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor cuando éste decida ejercitarlo (art. 68.1 TRLGDCU) (...)».

³⁴³ GUERINONI, Ezio. *I contratti del consumatore. Principi e regole*, cit., p. 419.

qualsiasi costo per il consumatore³⁴⁴. A meno che non sia stato concordato nel contratto, per esempio, il consumatore non avrà diritto al rimborso integrale di quei costi derivanti dalla scelta di una modalità speciale di consegna, più costosa di quella *standard* offerta dal professionista. In queste ipotesi, dato il principio che vieta l'arricchimento senza causa, non sarebbe rimborsato l'importo corrispondente alla differenza tra la consegna *standard* e quella più costosa. Allo stesso modo, il professionista non è tenuto a rimborsare le spese di trasporto per la restituzione dei beni dal consumatore al professionista, dato che si tratta di spese sostenute dopo che il consumatore ha esercitato il suo diritto di recesso (art. 13, comma 2 e art. 14 della direttiva 2011/83/UE; art. 56, comma 2 e art. 57 Codice del consumo italiano; art. 107, paragrafo 2 e art. 108 del TRLGDCU)³⁴⁵.

³⁴⁴ Sul principio della gratuità del diritto al recesso, si veda: LARROSA AMANTE, Miguel Ángel. *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, cit., p. 141-143: «Por un lado, la gratuidad implica la no penalización al consumidor por el ejercicio del derecho de desistimiento (...). Ahora bien, la gratuidad no implica la ausencia de todo gasto (...), pues es evidente que el consumidor deberá de asumir de forma personal los costes de la comunicación de su ejercicio al empresario (gastos de correos o fax para la remisión del documento de desistimiento, gastos de transporte del bien en caso de devolución del mismo, etc. (...)) Por ello el concepto de gratuidad debe ser modulado en un sentido no absoluto sino relativo, de tal manera que lo que no tiene que soportar el consumidor son gastos de ejercicio desproporcionados o que supongan una penalización real y efectiva o dificulten el propio ejercicio del derecho, sin perjuicio de tener que abonar unos gastos mínimos que, salvo pacto en contrario, no pueden recaer al empresario y que son una consecuencia de una obligación legal impuesta al propio consumidor». SOSA OLÁN, Henry; RABELO HARTMANN, Fernando. *Contratación electrónica: el derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor*, cit., p. 188-189: «Cabe mencionar que la mayoría de las empresas que se dedican al comercio electrónico, dentro de sus condiciones generales establecen una cláusula en donde se especifica que los gastos de devolución del producto corren por cuenta del consumidor, aunque, hay algunas que no cobran ningún gasto por la devolución del producto».

³⁴⁵ Art. 13. Obblighi del professionista nel caso di recesso. (...) 2. Fatto salvo il paragrafo 1, il professionista non è tenuto a rimborsare i costi supplementari, qualora il consumatore abbia scelto espressamente un tipo di consegna diversa dal tipo meno costoso di consegna standard offerto dal professionista; Articolo 14. Obblighi del consumatore nel caso di recesso. (...) Il consumatore sostiene solo il costo diretto della restituzione dei beni, purché il professionista non abbia concordato di sostenerlo o abbia omesso di informare il consumatore che tale costo è a carico del consumatore.

Infine, lo *ius poenitendi* ha come una delle sue caratteristiche la temporalità, in virtù della quale, una volta costituito il contratto da cui deriva, è in vigore per un periodo di tempo limitato, dopo il quale si estingue per decadenza. La temporalità è una caratteristica che acquista una rilevanza speciale, tenendo conto che lo *ius poenitendi* mira precisamente a tutelare il consumatore, dandogli per un breve periodo di tempo il diritto di sciogliere il contratto. Questo perché non di rado la proposta viene accettata dal consumatore d'impulso o sotto la pressione della pubblicità formulata dai professionisti, e lo *ius poenitendi* opera come uno strumento che assicura minimamente il riequilibrio delle parti al momento della conclusione del contratto. Nel diritto brasiliano il termine concesso dal CDC al consumatore è estremamente breve, di soltanto 7 giorni, mantenuto dal disegno di legge n. 3514/15. Nella direttiva 2011/83/UE è di 14 giorni, dopo i quali il diritto si estingue nel caso in cui non venga esercitato.

4. L'esercizio del diritto di recesso

Come indicato sopra, lo *ius poenitendi* consiste nel diritto conferito al consumatore di sciogliere il contratto dopo la sua costituzione. Ossia, una volta conclusa la compravendita elettronica nei rapporti di consumo, si costituisce, in forza dell'art. 49 del CDC, il diritto del consumatore di sciogliere il contratto durante il periodo di riflessione. Dopo il trascorso del periodo di riflessione, in virtù del principio *pacta sunt servanda*, il contratto non può più essere sciolto. In questo contesto, l'estinzione del contratto è un effetto non del diritto di recesso *ex lege* concesso al consumatore, ma del suo esercizio. In questo modo, l'esercizio del diritto di recesso consiste nell'atto unilaterale di volontà in cui il consumatore esprime la sua decisione di sciogliere un contratto già concluso. Si tratta, in effetti, di un negozio giuridico unilaterale, soggetto alle ipotesi di validità contenute nell'art. 104 del Codice civile brasiliano: presuppone che sia esercitato da qualcuno

capace, che l'oggetto sia lecito, possibile, determinato e che, inoltre, sia privo di vizi di volontà. L'oggetto è lecito perché è previsto dalla legge. È, inoltre, possibile e determinato, poiché estingue un contratto preesistente concluso tra consumatore e professionista. Il recesso di protezione *ex lege* integra il contratto elettronico di consumo nella qualità di *naturalia negotii*, però il suo esercizio da parte del consumatore è *ex voluntate*, poiché si realizza mediante un negozio o una dichiarazione unilaterale di volontà.

Inoltre, come riferito nel paragrafo precedente, lo *ius poenitendi* permette al consumatore di recedere dal contratto *ad nutum* e *ad libitum*, cioè senza giusta causa, indipendentemente da qualsiasi motivazione. Ciò significa che il contenuto della dichiarazione di volontà in cui il consumatore esercita il suo diritto non richiede una giustificazione. L'art. 9 della direttiva 2011/83/UE prevede espressamente che il consumatore possa esercitare il diritto di recesso «senza dover fornire alcuna motivazione». Questo dispositivo è stato aggiunto *ipsis litteris* nell'ordinamento giuridico italiano (art. 52 c. cons.). Nel diritto spagnolo è stata utilizzata l'espressione «*sin necesidad de justificar su decisión*» (art. 68 TRLGDCU). Nel Codice di difesa del consumatore brasiliano, d'altra parte, non c'è alcun riferimento alla necessità o meno di una motivazione come presupposto per l'esercizio del diritto di recesso. Nonostante questa omissione del legislatore, nella dottrina e nella giurisprudenza è pacifica l'intesa che il suo esercizio sia «*ad nutum*» e «*ad libitum*».

Per quanto riguarda la forma, non si può dimenticare che nel diritto dei contratti in generale, così come nei rapporti di consumo, prepondera il principio del consensualismo, cioè, la forma è *ad probationem*. Tuttavia, anche nel diritto civile, una volta concluso il contratto, la libertà di forma nella risoluzione del contratto *ex voluntate* viene limitata, poiché è in vigore la regola secondo la quale il contratto si risolve con la stessa forma della sua conclusione (art. 472 c.c. brasiliano), consacrando un principio di identità tra i mezzi di formazione e di risoluzione dei contratti *ex voluntate*. Comunque, a causa della sua rigidità, il principio di identità tra forma di costituzione ed estinzione del contratto, sancito dall'art. 472 del Codice

civile, viene sostituito dal principio di equivalenza dei mezzi come requisito per la validità della risoluzione *ex voluntate*³⁴⁶. In questo modo, un contratto verbale può essere estinto per iscritto, in mezzi elettronici o su carta, o anche per atto pubblico; per la stessa ragione, un contratto elettronico potrebbe essere sciolto per iscritto, o anche per atto pubblico.

Il principio di equivalenza dei mezzi, dedotto da un'interpretazione teleologica dell'art. 472 del Codice civile brasiliano, solleva riflessioni sulla sua incidenza nei rapporti di consumo. Questo perché, a rigore, l'art. 472 del Codice civile converte la dichiarazione di volontà con cui si risolve il contratto in un atto formale, in cui la forma di estinzione del contratto è *ad substantiam*, per cui la sua inosservanza determinerebbe la nullità dell'atto. Il Codice di difesa del consumatore omette questo aspetto che, in teoria, porterebbe a concludere l'applicabilità del principio di equivalenza delle forme nell'esercizio del diritto di recesso. Tuttavia, nei rapporti di consumo, il principio di equivalenza è incompatibile con la natura del diritto dei consumatori, perché restringe ingiustificatamente la libertà di forma per l'esercizio del diritto di recesso.

Nel 15 marzo 2013, per ovviare alle lacune della legge sulla tutela del consumatore durante il esame del disegno di legge del Senato n. 281 del 2012 (adesso è in corso di esame con il n. 3514/15), è stato redatto il decreto n. 7.962, il cui art. 5, prevede che: «il fornitore deve informare, in modo chiaro e ostensivo, dei mezzi adeguati ed efficaci per l'esercizio del diritto di pentimento da parte del consumatore» e, ai sensi del suo paragrafo 1° «il consumatore può esercitare il suo diritto di pentimento attraverso lo stesso strumento utilizzato per la contrattazione, senza pregiudizio degli altri mezzi disponibili». Allo stesso modo, il disegno di legge n. 3514/15 prevede l'inserimento, nell'art. 49 del CDC, del paragrafo 8,

³⁴⁶ CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. Milano: CEDAM, 1994, p. 1348: «L'atto di recesso integra un neg. recettizio unilaterale il quale, pur non chiedendo, quanto alla manifestazione di volontà, formule sacramentali, rimane tuttavia soggetto alle stesse garanzie di forma prescritte per il contr. costitutivo del rapporto al cui scioglimento il recesso sia finalizzato».

secondo il quale il fornitore deve informare il consumatore dei mezzi adeguati ed efficaci per esercitare il diritto di recesso, che devono includere, almeno, lo stesso mezzo utilizzato per la contrattazione.

Come si può osservare, sia nel decreto n. 7.962 che nel disegno di legge n. 3514/15, nello stesso momento in cui si fornisce al consumatore un'ampia gamma di mezzi con cui il diritto di recesso può essere esercitato, si garantisce che possa essere utilizzato, almeno, lo stesso mezzo che nella contrattazione, partendo dal presupposto che il consumatore è abituato al mezzo con cui ha scelto di concludere il contratto. In questo modo, è sottinteso che prevale la libertà di forma per manifestare la volontà di sciogliere il contratto a distanza. Per questa ragione, prevale la regola secondo la quale nell'estinzione del contratto elettronico di consumo attraverso l'esercizio da parte del consumatore dello *ius poenitendi*, la forma è «*ad probationem*», non «*ad substantiam*».

Nei rapporti di consumo, l'estinzione della compravendita elettronica attraverso l'esercizio del diritto di recesso è un negozio giuridico unilaterale ricettizio che si verifica tra persone assenti. Il negozio giuridico ricettizio può essere definito come quello che, per produrre effetti, deve essere conosciuto dal suo destinatario³⁴⁷. Ciò significa che l'efficacia giuridica dell'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore dipende dalla sua comunicazione al professionista³⁴⁸. A questo proposito, quando si tratta della risoluzione di un contratto elettronico stipulato a distanza, la questione è particolarmente complessa

³⁴⁷ LARROSA AMANTE, Miguel Ángel. *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, cit., p. 135. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 492.

³⁴⁸ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 132: «Por outro lado, a divisão dos negócios em receptícios e não receptícios, muitas vezes aproximada do estudo da forma, não diz respeito a essa, que é constitutiva do negócio, mas sim aos fatores de eficácia, ou seja, nos negócios receptícios a recepção do destinatário é fator de eficácia do negócio, e, portanto, algo a ele extrínseco, e não elemento que formalmente o constitua. O negócio receptício, ainda não recebido, já está completo no âmbito da existência, e, se, por acaso, dele se diz que ainda não se aperfeiçoou, ou que está incompleto, é somente porque não atingiu o final do ciclo - existência, validade, eficácia- por falta de um fator de eficácia; ele, antes da sua recepção, já existe, poderá ser válido, e somente não é ainda eficaz».

per quanto riguarda la definizione del momento a partire dal quale si produce l'efficacia del negozio giuridico unilaterale ricettizio.

Come si è visto, secondo il diritto brasiliano, il professionista deve garantire che il consumatore possa esercitare il diritto di recesso attraverso gli stessi mezzi utilizzati per la contrattazione. Pertanto, nell'ipotesi di compravendita elettronica di consumo formata attraverso i siti *web*, il professionista deve dare al consumatore la possibilità di sciogliere il contratto attraverso il sito stesso. Nel secondo capitolo della presente tesi, nel paragrafo sulla «formazione del contratto elettronico», si è verificato che nella formazione del contratto tramite siti *web* l'accettazione dell'offerta da parte del consumatore e la sua ricezione da parte del professionista avviene praticamente in tempo reale, come se fosse tra presenti, motivo per cui non è necessario applicare le teorie di formazione dei contratti tra assenti. Lo stesso accade in relazione all'estinzione della compravendita elettronica attraverso i siti *web*, poiché la comunicazione del recesso del consumatore e la sua ricezione da parte del professionista avvengono quasi simultaneamente, come se fosse tra presenti.

Dato il carattere protettivo del diritto del consumatore, il fatto che un contratto sia stato costituito attraverso siti *web* non impedisce che la sua estinzione in virtù dell'esercizio del diritto di recesso a distanza possa essere comunicata al professionista con altri mezzi. Pertanto, anche se il contratto è stato concluso attraverso un sito *web*, il consumatore può comunicare la sua decisione al professionista via *e-mail* o inviando una lettera fisica per posta tradizionale. Tuttavia, dato che l'esercizio del diritto di recesso è un negozio giuridico unilaterale tra persone distanti, nell'estinzione della compravendita elettronica si può avere un periodo di tempo significativo tra l'invio della comunicazione di recesso e la sua ricezione da parte del professionista, per cui è importante verificare in quale momento il contratto è considerato sciolto.

Secondo la teoria della cognizione, il contratto è considerato sciolto soltanto dal momento in cui il professionista viene effettivamente a conoscenza di questa opzione da parte del consumatore. In altre parole, secondo questa teoria, nemmeno

la ricezione da parte del professionista della comunicazione dell'opzione del consumatore di recedere dal contratto garantisce la sua efficacia, per cui tale teoria è incompatibile con il carattere protettivo dello *ius poenitendi* nei rapporti di consumo. In questo senso, meno rigorosa è la teoria della ricezione, secondo la quale il contratto si scioglie dal momento in cui si prova la ricezione da parte del professionista della comunicazione di recesso del consumatore³⁴⁹. Si tratta, infatti, di un meccanismo che conferisce già un certo equilibrio tra le parti contraenti, poiché non condiziona l'efficacia dell'esercizio dello *ius poenitendi* alla diligenza del professionista nel verificare il contenuto dei messaggi ricevuti dai quali il consumatore ha comunicato la sua decisione. Infine, la teoria della spedizione è quella che più favorisce il consumatore, e sembra essere quella che si adatta alla natura protettiva dell'istituto, considerando che la semplice prova dell'invio della comunicazione dell'opzione del consumatore di recedere dal contratto è sufficiente a determinare il suo scioglimento.

Nel diritto comunitario, la precedente direttiva 97/7/CE di armonizzazione minima, non regolava la forma per l'esercizio dello *ius poenitendi*. In Italia, il d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185, in esecuzione della direttiva di armonizzazione minima, richiedeva che la comunicazione fosse inviata in forma scritta mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento. La comunicazione avrebbe potuto essere inviata con altri mezzi entro il termine per l'esercizio del recesso, a patto che fosse inviata entro 48 ore «lettera raccomandata con avviso di ricevimento» (precedente art. 64, comma 2, Codice del consumo italiano). Nell'ordinamento giuridico spagnolo, l'attuazione della direttiva 97/7/CE, attraverso la legge 47/2002, avveniva in modo diverso, essendo stata garantita la libertà di forma per l'esercizio dello *ius poenitendi*, nei seguenti termini: «*el ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho*» (art. 44, 2, legge n. 47/2002).

³⁴⁹ MARTÍNEZ GALLEGÓ, Eva María. *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 124.

La disposizione dell'ordinamento giuridico italiano, secondo la quale il diritto di recesso doveva essere esercitato mediante una manifestazione di volontà per lettera raccomandata con avviso di ricevimento, è venuta ad essere considerata inadeguata, in conflitto con le leggi di tutela dei consumatori e con i progressi tecnologici. Questa discrepanza si è accentuata con l'assimilazione, nel diritto italiano, dei documenti elettronici a quelli fisici, attraverso il Codice dell'amministrazione digitale (d. lgs. n. 82/2005)³⁵⁰. L'«obsolescenza tecnologica» delle vecchie disposizioni sui contratti a distanza, come affermato da Marco Scialdone³⁵¹, evidenzia l'importanza della direttiva 2011/83/UE per quanto riguarda il commercio elettronico, poiché è diventato il principale mezzo di comunicazione utilizzato dai consumatori per i contratti a distanza.

Più recentemente, nel diritto comunitario, attraverso la direttiva 2011/83/UE, che ha abrogato la precedente direttiva 97/7/CE, la libertà di forma è stata garantita ai consumatori³⁵² per la manifestazione e la comunicazione al professionista della sua decisione di recedere. Cioè, dalla nuova direttiva, il consumatore può utilizzare qualsiasi mezzo adeguato per esprimere la sua volontà, a patto che sia presentata in modo inequivocabile ed esplicito (art. 11, direttiva 2011/83/UE). La manifestazione inequivocabile di recesso può essere materializzata, per esempio, per mezzo di posta, elettronica o meno, e anche in modo non scritto ma espresso, come per esempio attraverso una telefonata³⁵³, tra gli altri mezzi di comunicazione. La massima armonizzazione della libertà di forma per l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore è stata una delle novità apportate dalla nuova direttiva.

La direttiva 2011/83/UE ha elaborato, al fine di facilitare la procedura per entrambe le parti contraenti, un modello di modulo di recesso, disponibile nel suo

³⁵⁰ SCIALDONE, Marco. *Art. 54*, in GAMBINO, Alberto Maria; NAVA, Gilberto. *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 143.

³⁵¹ SCIALDONE, Marco. *Art. 54*, cit., p. 143.

³⁵² RUMI, Tiziana. *Art. 54. Esercizio del diritto di recesso*, in D'AMICO, Giovanni (a cura di). *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. Lgs. n. 21/2014*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2015, p. 221.

³⁵³ SCIALDONE, Marco. *Art. 54*, cit., p. 146.

allegato I, parte *b*, che deve essere fornito dal professionista al consumatore. Il modello *standard* armonizzato di recesso è una delle novità della direttiva rispetto alla direttiva 97/7/CE e mira, oltre a semplificare l'esercizio del recesso da parte del consumatore, ad aiutare il professionista che commercializza con i diversi Stati membri dell'Unione Europea riducendo i suoi costi di transazione³⁵⁴. L'allegato I si compone di due parti, rispettivamente *a* e *b*. La parte *a* contiene informazioni su cosa si tratta e sulle condizioni del diritto di recesso, oltre a istruzioni su come compilare il modulo, che è contenuto nella parte *b* dell'allegato. La parte *a*, di informazioni sul recesso, può essere fornita al consumatore su base facoltativa; diversamente, la parte *b*, che è il modello *standard* effettivo, deve essere messo a disposizione del consumatore³⁵⁵.

Il consumatore può utilizzare questo modello *standard*, compilandolo e inoltrandolo al professionista. Tuttavia, alla luce del principio di libertà nell'esercizio del diritto di recesso, un tale modulo *standard* non è obbligatorio³⁵⁶ e serve solo come aiuto al consumatore. Così, qualsiasi altra dichiarazione esplicita e puntuale è in grado di generare la stessa efficacia dell'uso del modulo *standard* di recesso³⁵⁷. Va anche notato che gli Stati membri, quando attuano la direttiva, non possono imporre ulteriori requisiti in relazione al modello di modulo di recesso di cui all'allegato I. In altre parole, non possono aggiungere ulteriori obblighi al consumatore oltre a quelli richiesti dal modello, anche se quel particolare modulo non viene utilizzato.

Nel paragrafo 3 dell'art. 11 della direttiva 2011/83/UE, si chiarisce che l'allegato modello di comunicazione di recesso, o qualsiasi altra forma in cui il consumatore desidera esprimere la sua inequivocabile volontà di recesso, può anche essere presentato *online* sul sito *web* del professionista. Nel caso in cui il

³⁵⁴ SCIALDONE, Marco. *Art. 54*, cit., p. 140; BATTELLI, Ettore. *I contratti a distanza e i contratti fuori dai locali commerciali*, cit., p. 244.

³⁵⁵ PATTI, Francesco Paolo. *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, cit., p. 1007.

³⁵⁶ BRAVO, Fabio. *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE: verso un codice europeo del consumo*, cit., p. 244.

³⁵⁷ BATTELLI, Ettore. *I contratti a distanza e i contratti fuori dai locali commerciali*, cit., p. 244.

consumatore esprima il suo recesso per via elettronica, il professionista deve comunicare senza indugio al consumatore un avviso che conferma il ricevimento dell'ordine³⁵⁸, che deve essere fatta al consumatore su «supporto durevole», che garantisce l'immodificabilità della comunicazione. Va osservato, tuttavia, che è onere del consumatore di provare che ha effettivamente esercitato il diritto di recesso. Per questo motivo, è più sicuro comunicare il recesso con un mezzo che faciliti la registrazione della comunicazione, a fini probatori, in forma scritta, come via *e-mail* o su altro supporto durevole. Così, la comunicazione via telefono può non essere il modo più adatto per proteggere il consumatore nella risoluzione del contratto. In questo contesto, secondo il considerando 44 della direttiva 2011/83/UE: «è nell'interesse del consumatore avvalersi di un supporto durevole quando comunica al professionista il proprio recesso».

Come si è visto, sia nel diritto brasiliano che in quello comunitario, italiano e spagnolo, è garantito, nell'esercizio del diritto di recesso, la libertà di forma, come strumento di tutela del consumatore. Questo perché, a causa del carattere protettivo del diritto dei consumatori, l'esercizio del diritto di recesso è incondizionato. In questo contesto, l'imposizione di qualsiasi restrizione alla libertà di forma per l'esercizio del diritto di recesso rappresenterebbe un formalismo incompatibile con la natura protettiva del diritto dei consumatori, e un ostacolo all'efficacia del diritto stesso.

D'altra parte, si osserva che, nel diritto brasiliano, a differenza di quanto avviene nel diritto comunitario, italiano e spagnolo, il professionista deve garantire al consumatore la possibilità di risolvere il contratto esercitando lo *ius poenitendi* nella stessa forma in cui è avvenuta la formazione del contratto. Nella compravendita elettronica di consumo, questo significa che il professionista deve garantire al consumatore la possibilità di esercitare il suo diritto di recesso sulla stessa piattaforma *online* utilizzata per concludere il contratto. Ciò significa che, secondo il microsistema brasiliano di protezione del consumatore, nel commercio

³⁵⁸ Considerando 45 della direttiva 2011/83/UE.

elettronico di consumo, il professionista deve programmare il suo sito *web* in modo da permettere al consumatore di recedere dal contratto attraverso questo stesso mezzo virtuale, senza che ciò significhi che la disponibilità di questo mezzo escluda la possibilità di esercitare il diritto di recesso attraverso altri mezzi ugualmente validi.

Infine, considerando che quando è garantita a favore del consumatore la libertà di forma per l'esercizio del diritto di recesso, la forma è *ad probationem*, non *ad substantiam*, si impone al consumatore l'onere della prova dell'esercizio del diritto. Concludiamo che l'esercizio del diritto di recesso del consumatore avviene per mezzo di un negozio giuridico unilaterale consensuale, in cui la forma di manifestazione è *ad probationem*.

5. La tempestività dell'esercizio del diritto di recesso

La temporalità, come si è visto nel paragrafo 3 di questo capitolo, è una delle principali caratteristiche del diritto di recesso nella compravendita elettronica di consumo, poiché definisce il periodo durante il quale si attribuisce al consumatore la facoltà di esercitare il suo diritto di scioglierla. Complementare, pertanto, alla caratteristica della temporalità del diritto di recesso, è la tempestività del suo esercizio. Affinché il diritto di recesso produca i suoi effetti legali, sciogliendo il contratto, deve essere esercitato in modo tempestivo dal consumatore³⁵⁹. Il diritto di recesso, assicurando la possibilità di risolvere il contratto dopo la sua conclusione, incide direttamente sul principio *pacta sunt servanda*, relativizzando la sua applicabilità. Tuttavia, con lo scopo di garantire la certezza giuridica³⁶⁰ delle transazioni commerciali tra consumatori e imprenditori, e tenendo conto che la *ratio* dello *ius poenitendi* è quella di garantire al consumatore uno *spatium deliberandi*,

³⁵⁹ BATTELLI, Ettore. *I contratti a distanza e i contratti fuori dai locali commerciali*, cit., p. 243.

³⁶⁰ PATTI, Francesco Paolo. *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, cit., p. 1007.

i legislatori brasiliano, comunitario, italiano e spagnolo hanno fissato un termine entro il quale questo diritto può essere esercitato. Trascorso questo termine, dopo la scadenza di questo periodo, il diritto di recesso è soggetto a decadenza, e il principio *pacta sunt servanda* è consolidato nella vendita di consumo a distanza.

Nel diritto comunitario, la direttiva 97/7/CE, che regolava la protezione dei consumatori in materia di contratti conclusi a distanza, prevedeva un periodo di almeno 7 giorni lavorativi per l'esercizio del diritto di recesso del consumatore (art. 6). L'espressione «almeno» riflette il carattere di armonizzazione minima della direttiva 97/7/CE, che ha permesso agli Stati membri di prevedere disposizioni più protettive per i consumatori rispetto alla direttiva. In Italia, attraverso il d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185, che ha recepito la direttiva 97/7/CE, è stato esteso il termine per l'esercizio del diritto di recesso a 10 giorni lavorativi. In Spagna, a sua volta, con il recepimento della direttiva attraverso la legge 47/2002³⁶¹, viene mantenuto il termine minimo di 7 giorni per l'esercizio dello *ius poenitendi*³⁶².

In momento successivo, la direttiva 97/7/CE è stata abrogata e sostituita dalla direttiva 2011/83/UE, attraverso la quale il termine per l'esercizio di recesso è stato esteso a 14 giorni di calendario, nei seguenti termini: «il consumatore dispone di un periodo di quattordici giorni per recedere da un contratto a distanza» (art. 9 direttiva 2011/83/UE). La disposizione in questione è stata positivata nel diritto italiano nell'articolo 52 del Codice del consumo e, nel diritto spagnolo, nell' art. 102 del TRLGDCU.

Come si osserva, per quanto riguarda il termine per l'esercizio del diritto di recesso, sono percepibili tre modifiche rilevanti apportate dalla direttiva

³⁶¹ Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias. De acuerdo con el art. 44.1 de la ley 47/2002, sobre el derecho de desistimiento: «El comprador dispondrá de un plazo mínimo de siete días hábiles para desistir del contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. Será la ley del lugar donde se ha entregado el bien la que determine qué días han de tenerse por hábiles».

³⁶² ARNAU RAVENTÓS, Lúdia. *El plazo para desistir en los contratos con consumidores*, in *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, fasc. I, 2011.

2011/83/UE rispetto alla disciplina precedente: 1) la sua estensione da 7 a 14 giorni; 2) il carattere di armonizzazione massima della disposizione; 3) il conteggio per giorni di calendario invece di giorni lavorativi. Il termine di almeno sette giorni è stato considerato dal legislatore europeo come troppo breve per permettere una riflessione adeguata sul contratto concluso a distanza e fuori dei locali commerciali con il professionista. Inoltre, l'uso del metodo del giorno lavorativo per calcolare le scadenze poteva confondere i contraenti sulla classificazione dei giorni, in particolare nel caso delle vendite transfrontaliere³⁶³. Si osserva che, in casi specifici, poiché in precedenza i termini erano conteggiati soltanto in giorni lavorativi, si sono verificate ipotesi in cui il termine per l'esercizio del diritto di recesso superava i 14 giorni di calendario previsti dalla nuova direttiva³⁶⁴. Ciononostante, i vantaggi del conteggio del termine utilizzando il metodo per giorni di calendario sono molti, con la semplificazione del calcolo del periodo per l'esercizio del recesso. La direttiva 2011/83/UE, avendo un carattere di massima armonizzazione, non permette agli Stati membri di stabilire ulteriori disposizioni, anche se più protettive.

Nel diritto brasiliano, a sua volta, con ispirazione nella direttiva 85/577/CEE, l'art. 49 del CDC stabilisce che «il consumatore può desistere dal contratto, nel termine di 7 giorni, dalla firma o del ricevimento del prodotto o servizio». Nel 1990, quando il diritto di recesso è stato introdotto nell'ordinamento giuridico brasiliano, la concessione di un periodo di riflessione di 7 giorni ha rappresentato un grande progresso nella tutela dei consumatori. Succede che dopo tre decenni in vigore, il diritto di recesso è stato consolidato nella legge brasiliana, ma nella prospettiva attuale il periodo di solo 7 giorni concesso al consumatore è estremamente breve.

³⁶³ MUNAR BERNAT, Pedro Antonio. *La ampliación del plazo del derecho de desistimiento (arts. 71, 74.4, 76, 76 bis y 77 TRLGDCU) y su nueva regulación en los contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento mercantil (arts. 102 a 108 TRLGDCU)*, in *La Ley mercantil*, n. 9, 2014, p. 2: «Además de la ampliación del plazo hay otro detalle significativo: se pasa de días hábiles a días naturales (...). La doctrina había incidido en la dificultad del cómputo del plazo en días hábiles, destacando la enorme inseguridad que provoca en los contratantes sobre todos en Estados que, como el nuestro, tienen días festivos según la Comunidad Autónoma o el municipio en que se realice el contrato»; MEZZETTI, Andrea; LIGI, Saverio. *Art.52*, cit., p. 118.

³⁶⁴ MEZZETTI, Andrea; LIGI, Saverio. *Art.52*, cit., p. 112

Come si è visto, nel diritto europeo c'è stata un'evoluzione in relazione a questo aspetto, a partire dalla quale il periodo di 7 giorni inizialmente previsto nelle direttive è stato esteso a 14 giorni. Comunque, nel disegno di legge n. 3514/2015, il legislatore ha scelto di mantenere il periodo di riflessione di 7 giorni previsto dall'attuale CDC, nei seguenti termini: «il consumatore può desistere della contrattazione a distanza nel termine di 7 giorni». In questo particolare, a parere di Nelson Nery Junior, «il legislatore brasiliano ha scelto di concedere un termine di sette giorni, relativamente breve, per evitare possibili abusi che potrebbero essere commessi dal consumatore»³⁶⁵. Tuttavia, si ritiene che l'ideale sarebbe aderire alla tendenza di estendere lo *spatium deliberandi*, perché invece di inibire gli abusi dei consumatori, il breve termine contenuto nel progetto finisce per ridurre l'efficacia dell'istituto.

Una volta definita la durata del periodo di riflessione, si pone la questione relativa alla definizione del suo termine iniziale e finale, in modo da poter accertare la tempestività dell'esercizio del diritto di recesso. L'istituto del diritto di recesso nei contratti a distanza conferisce al consumatore la possibilità di sciogliere sia i contratti di compravendita sia i contratti di prestazione di servizi, riguardo ai quali, a causa delle loro diverse caratteristiche, si adottano diversi criteri di calcolo del termine. Segnaliamo, pertanto, che la nostra analisi si limita alla specificazione dei criteri applicabili al contratto di compravendita a distanza nei rapporti di consumo.

Nel diritto comunitario, il termine deve, di regola, decorrere dal momento in cui il consumatore o il terzo designato acquisisce il possesso fisico dei beni (art. 9, paragrafo 2, lett. *b*, direttiva 2011/83/UE; art. 52, lett. *b*, c. cons. italiano; art. 104 TRLGDCU)³⁶⁶. Ossia, il *dies a quo* può coincidere o meno con la data di

³⁶⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Capítulo VI: da proteção contratual*, in PELLEGRINI GRINOVER, Ada; HERMAN DE V. E BENJAMIN, Antônio; FINK, Daniel Roberto; BRITO FILOMENO, José Geraldo; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 12ª edizione. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA., 2019, p. 566.

³⁶⁶ PEÑA LÓPEZ, Fernando. *Artículo 104. Plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento*, in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley*

conclusione del contratto³⁶⁷. Il criterio secondo cui il termine inizia a decorrere dal possesso fisico del bene, e non dalla conclusione del contratto, è stato creato perché soltanto in quel momento è possibile per il consumatore verificare le vere caratteristiche e funzionalità del prodotto, e quindi riflettere sull'acquisto³⁶⁸. Il fatto che il termine iniziale sia contato dalla consegna del bene al possesso fisico del consumatore, tuttavia, non impedisce al consumatore di esercitare il diritto di recesso in un momento precedente, anche se immediatamente dopo la conclusione del contratto elettronico.

Nell'ipotesi della compravendita di beni multipli ordinati dal consumatore mediante un solo ordine e consegnati separatamente, il termine sarà calcolato dal momento in cui il consumatore o il terzo designato acquisisce il possesso fisico dell'ultimo bene (art. 9, comma 2, lett. *b*, direttiva 2011/83/UE; art. 52, paragrafo 2, lett. *b*, n. 1, c. cons italiano; art. 104, lett. *b*, n. 1 TRLGDCU spagnolo). La norma dell'art. 9, paragrafo 2, lett. *b*, *i*, della direttiva 2011/83/UE non chiarisce se i beni acquistati con lo stesso ordine, per rientrare nella norma, debbano avere una connessione comune che giustifichi il recesso a partire dal possesso dell'ultimo prodotto. Tenendo conto della *ratio* della norma, si può immaginare che, per

General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, Navarra: Editorial Aranzadi S/A, 2015, p. 1563.

³⁶⁷ Nei contratti di compravendita, nel caso di beni multipli ordinati mediante un solo ordine e consegnati separatamente, il termine inizierà dal giorno in cui il consumatore acquisisce il possesso fisico dell'ultimo bene consegnato; nel caso di consegna di un bene di lotto o costituito da pezzi multipli, il termine inizierà dal giorno in cui il consumatore acquisisce il possesso fisico dell'ultimo lotto o pezzo; nel caso di contratti per la consegna periodica di beni durante un determinato periodo di tempo, il termine inizierà dal giorno in cui acquisisce il possesso fisico del primo bene (direttiva 2011/83/UE, art. 9, "b").

³⁶⁸ DÍAZ ALABART, Silvia; ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa. *Art. 9. Derecho de desistimiento*, in DÍAZ ALABART, Silvia (dir); ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa (coord). *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83* (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU). Madrid: Editorial Reus, 2014, p. 251-252: «En los contratos de adquisición de bienes, el derecho del consumidor a tomar su decisión después de haber tenido tiempo suficiente para establecer su naturaleza, las características o el funcionamiento de dichos bienes y reflexionar si quiere o no mantener el contrato celebrado, convierte en indispensable que el inicio del cómputo del plazo sea el día en que ese consumidor o un tercero indicado por el, adquiere la posesión material de los bienes».

l'applicazione della disposizione, i beni siano stati acquisiti per un uso comune, o che servano allo stesso scopo³⁶⁹ il che giustificherebbe il conteggio del periodo dall'arrivo dell'ultimo articolo dello stesso ordine. Nell'ipotesi di consegna di un bene costituito da lotti o pezzi multipli, allo stesso modo, si calcola a partire dal possesso fisico dell'ultimo lotto o pezzo (art. 9, paragrafo 2, lett. *b*, *ii*, direttiva 2011/83/UE; art. 52, comma 2, lett. *b*, n. 2, c. cons. italiano; art. 104, lett. *b*, n. 2, TRLGDCU spagnolo)³⁷⁰. Entrambe queste ipotesi non implicano, però, che il consumatore debba attendere la consegna dell'ultimo bene per esercitare il diritto di recesso, che può avvenire, come detto, anche immediatamente dopo la conclusione del contratto³⁷¹.

L'ultima modalità di conteggio del termine si riferisce ai contratti di compravendita a tempo determinato o indeterminato il cui oggetto è la consegna periodica di beni, come l'abbonamento a riviste, giornali, libri, tra gli altri (art. 9, paragrafo 2, lett. *b*, *iii*, direttiva 2011/83/UE; art. 52, comma 2, lett. *b*, n. 3, c. cons. italiano; art. 104, lett. *b*, n. 3, TRLGDCU spagnolo). In questi casi, il termine iniziale del diritto di recesso è contato dal giorno in cui il consumatore o un terzo designato, «acquisisce il possesso fisico del primo bene». In questo modo, contrariamente a quanto avviene nelle due ipotesi precedenti, il termine si calcola a partire dal ricevimento del primo bene da parte del consumatore, escludendo la possibilità di esercitare il diritto di recesso nelle consegne successive, in forza del principio *pacta sunt servanda*. Questo perché l'oggetto dei contratti di consegna periodica di beni è di solito simile, in modo che il consumatore, dalla prima

³⁶⁹ RUMI, Tiziana. *Art. 52. Diritto di recesso*, in D'AMICO, Giovanni (a cura di). *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. Lgs. n. 21/2014*. Wolters Kluwer CEDAM, Milano, 2015, p. 199; MEZZETTI, Andrea; LIGI, Saverio. *Art. 52*, cit., p. 121.

³⁷⁰ MEZZETTI, Andrea; LIGI, Saverio. *Art. 52*, cit., p. 121; RUMI, Tiziana. *Art. 52. Diritto di recesso*, cit., p. 199.

³⁷¹ DÍAZ ALABART, Silvia; ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa. *Art. 9. Derecho de desistimiento*, cit., p. 254: «Por otro lado, el hecho de que el cómputo para desistir se inicie con la recepción del último bien, no implica que el consumidor deba necesariamente esperar hasta entonces, puesto que si así lo decide, podrá desistir desde que reciba el primero de los bienes contratados o cualquiera de los intermedios (e incluso desde antes, desde el mismo momento de la celebración del contrato)».

consegna, è già in grado di valutare la natura e la convenienza della transazione economica³⁷². Nella ipotesi dei contratti di compravendita a tempo indeterminato, dopo la scadenza del termine decadenziale del diritto di recesso, il consumatore potrà estinguere il contratto attraverso il recesso ordinario, per mezzo di denuncia senza giusta causa, ma non attraverso il recesso di protezione.

Il considerando 41 della direttiva 2011/83/UE chiarisce che se un termine è calcolato dal momento in cui si verifica un evento o si compie un atto, «il giorno nel quale si verifica tale evento o si compie tale atto non dovrebbe essere considerato incluso nel termine». Così, nelle ipotesi analizzate, il termine iniziale decorre dal giorno successivo a quello in cui si verifica l'evento. Questo periodo di 14 giorni per l'esercizio del diritto di recesso, tuttavia, può essere prolungato in caso di omissione dei doveri di informazione da parte del professionista che viola gli obblighi di informazione precontrattuale, volendo nascondere al consumatore l'esistenza del diritto di recesso e le sue condizioni. Si tratta di una tecnica utilizzata dal legislatore comunitario per prevenire e penalizzare tali comportamenti da parte del professionista, che riducono l'efficacia del recesso di protezione.

Nel caso in cui il professionista non fornisca o fornisca in modo sbagliato³⁷³ al consumatore l'informazione sull'esistenza del diritto di recesso, sulle sue condizioni, termini e procedure, oltre alla messa a disposizione del modulo tipo di recesso, presente nell'allegato I, parte B della direttiva 2011/83/UE, di utilizzo facoltativo da parte del consumatore, il periodo del diritto di recesso è esteso, ai sensi dell'art. 10, fino a 12 mesi (art. 6, paragrafo 1, lett. h, direttiva 2011/83/UE). Il periodo del diritto di recesso, in questa ipotesi, scadrà 12 mesi dopo la fine del

³⁷² DÍAZ ALABART, Silvia; ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa. *Art. 9. Derecho de desistimiento*, cit., p. 255: «*Cuando hablamos de entrega periódica de bienes durante un plazo determinado, lo más habitual es que se trate de bienes sino idénticos, al menos similares, o con algún nexo en común. Puede tratarse de una suscripción por un año a una revista o periódico, de unos objetos que forman algún tipo de colección, por lo que al haber recibido el primero el consumidor ya puede hacerse una idea muy precisa de las características de dicho bien y con esos datos puede reflexionar adecuadamente sobre si desea o no desistir del contrato celebrado*».

³⁷³ GUERINONI, Ezio. *I contratti del consumatore. Principi e regole*, cit., p. 425.

termine di 14 giorni previsto dall'art. 9 della direttiva 2011/83/UE. Questo termine di 12 mesi rappresenta anche un'estensione rispetto alla precedente direttiva 97/7/CE, che prevedeva un'estensione fino a 90 giorni³⁷⁴. Una volta che il professionista fornisce queste informazioni entro il suddetto periodo di 12 mesi, il periodo per l'esercizio del diritto di recesso scade, di nuovo, dopo 14 giorni dal ricevimento delle informazioni da parte del consumatore (art. 10 direttiva 2011/83/UE; art. 53 c. cons. italiano; art. 105 TRLGDCU). L'effetto, quindi, della tardiva informazione sul diritto di recesso è quello di prolungare lo *spatium deliberandi* per il suo esercizio, fino al limite dei 12 mesi.

Per quanto riguarda il diritto brasiliano, l'art. 49 del CDC dispone che il termine di 7 giorni per il recesso dal contratto decorre: «dalla firma o dall'atto di ricevere il prodotto o servizio». Così, si intende che se il contratto ha come oggetto un bene materiale, che deve essere trasportato all'indirizzo indicato dall'acquirente, il termine iniziale del periodo di riflessione è quello del suo ricevimento da parte del consumatore. D'altra parte, quando non riguarda i beni materiali, il termine iniziale sarebbe quello della firma del contratto. Il disegno di legge n. 3514/2015 ha modificato la formulazione dell'art. 49 come segue: «Il consumatore può desistere della contrattazione a distanza nel termine di 7 giorni dall'accettazione dell'offerta, dal ricevimento o dalla disponibilità del prodotto o servizio, quello che si verifichi per ultimo». Uno dei cambiamenti notevoli nella formulazione dell'art. 49 è stata la sostituzione della terminologia «dalla firma» con «dall'accettazione dell'offerta» in riferimento al termine iniziale dei 7 giorni per esercitare il diritto di recesso. Inoltre, la redazione dell'articolo nel disegno di legge ha aggiunto che il termine iniziale può essere contato a partire dalla «disponibilità del prodotto o servizio», perché è dal momento in cui il consumatore ha la disponibilità fisica del bene che può verificare le sue caratteristiche reali. Inoltre, secondo l'articolo 137 del Codice civile brasiliano, i termini devono essere calcolati «escludendo il giorno in cui iniziano e includendo il giorno in cui finiscono» e «se il giorno in cui

³⁷⁴ Art. 6, paragrafo 1, della direttiva 97/7/CE.

finiscono cade in un giorno festivo, il termine sarà prolungato fino al giorno lavorativo successivo».

Così, sia nel diritto comunitario, italiano, spagnolo e brasiliano, nel caso della compravendita elettronica di consumo di beni mobili, il termine iniziale per l'esercizio del diritto di recesso è computato dal possesso fisico del prodotto da parte del consumatore. Va notato, tuttavia, che l'istituzione del diritto di recesso è concomitante con la formazione del contratto, ma il termine iniziale del periodo di decadenza può non coincidere con il momento della conclusione del contratto. Ossia, nulla impedisce al consumatore di esercitare questo diritto in un momento precedente al termine iniziale di decorrenza del periodo di riflessione. Tuttavia, si verifica che il periodo di 7 giorni previsto nel CDC brasiliano per il consumatore per ripensare il contratto concluso a distanza è breve, molto inferiore del periodo di 14 giorni previsto nel diritto comunitario, italiano e spagnolo. In questo contesto, concludiamo che la brevità di questo termine finisce per compromettere l'efficacia dell'istituto del diritto di recesso nel diritto brasiliano, motivo per cui sarebbe importante estenderlo, al fine di proteggere meglio il consumatore nella compravendita elettronica di consumo.

6. L'estinzione dei contratti accessori in virtù dell'esercizio del diritto di recesso

Come si è visto, lo *ius poenitendi* è una disciplina che rientra nell'ambito delle modalità di scioglimento dei contratti. I contratti possono essere sciolti per recesso *ex voluntate* o *ex lege*. L'effetto principale derivante dall'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore è lo scioglimento del legame contrattuale e il conseguente ripristino dello *status quo ante* alla contrattazione. Cioè, il valido esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore nei contratti a distanza

estingue gli obblighi delle parti derivanti dal contratto precedentemente firmato³⁷⁵. Così, se nessuno degli obblighi contrattuali è stato rispettato da una delle parti, il vincolo contrattuale semplicemente è eliminato.

L'art. 49 del CDC non fa alcuna menzione esplicita all'estinzione del contratto come effetto dell'esercizio del diritto di recesso, che si desume tacitamente, dalla disposizione che obbliga il professionista a restituire le somme pagate. In modo diverso ed espresso, ai sensi dell'art. 12 della direttiva 2011/83/UE, l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore provoca l'estinzione degli obblighi delle parti di: a) eseguire il contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali; oppure, b) di concludere un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali nei casi in cui un'offerta sia stata fatta dal consumatore. Il dispositivo è stato recepito *ipsis litteris* nell'art. 55 del Codice del consumo italiano. Nell'ordinamento giuridico spagnolo, a sua volta, ai sensi dell'articolo 106 del TRLGDCU: «*El ejercicio del derecho de desistimiento extinguirá las obligaciones de las partes de ejecutar el contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, o de celebrar el contrato, cuando el consumidor y usuario haya realizado una oferta*».

Oltre all'effetto di risoluzione del contratto, l'esercizio del diritto di recesso comporta anche l'estinzione dei contratti accessori, senza costi per il consumatore: «eventuali contratti accessori sono automaticamente annullati, senza costi per il consumatore» (art. 15 della direttiva 2011/83/EU; art. 58 del Codice del consumo italiano; art. 76 *bis* TRLGDCU). La direttiva definisce il contratto accessorio come: «un contratto mediante il quale il consumatore acquista beni o servizi connessi a un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali e in cui tali beni o servizi sono forniti dal professionista o da un terzo in base ad un accordo tra il terzo e il professionista». Nell'ordinamento giuridico spagnolo, l'estinzione automatica dei contratti accessori, derivante dal recesso del consumatore, è stata regolata nel

³⁷⁵ NUSCO, Michele. *Compendio di diritto del consumatore*. Germania: Copyright, 2015, p. 128.

suo art. 76 *bis*, paragrafo 1 e nell'art. 77 del TRLGDCU, quest'ultimo specifico per i contratti di finanziamento.

Il Codice di difesa del consumatore brasiliano tace sulla risoluzione dei contratti accessori al contratto oggetto di recesso. Ciononostante, il decreto 7962/2013 prevede, al paragrafo 2 dell'art. 5, che «l'esercizio del diritto di recesso comporta la risoluzione dei contratti accessori, senza alcun onere per il consumatore», e al paragrafo 3, che «l'esercizio del diritto di recesso sarà comunicato immediatamente dal fornitore all'istituto finanziario o al gestore della carta di credito o simili, affinché: I- la transazione non venga registrata sulla fattura del consumatore, o II- si faccia uno storno dell'importo, se la registrazione sulla fattura è già stata fatta».

Il disegno di legge n. 3514/2015 in corso, a sua volta, prevede l'inserimento nell'art. 49 del CDC dei commi 5, 6 e 7, sulla risoluzione dei contratti accessori. Analogamente al decreto n. 7.962/2013, il paragrafo 5° dell'art. 49 del disegno di legge n. 3514/2015 prevede che: «Se il consumatore esercita il diritto di recesso, anche in un'operazione di ritiro di fondi o operazione di finanziamento, i contratti di credito accessori vengono automaticamente risolti, e al fornitore del credito viene restituito l'importo totale finanziato o concesso che è stato consegnato, più eventuali interessi maturati fino alla data della restituzione effettiva, tasse e spese, che vengono addebitate solo quando applicabili».

In sequenza, ai sensi del paragrafo 6° dell'art. 49 del disegno di legge n. 3514/2015: «Fatta salva l'iniziativa del consumatore, il fornitore deve comunicare immediatamente la manifestazione dell'esercizio del diritto di recesso all'istituto finanziario o all'amministratore della carta di credito o simili, in modo che: I - la transazione non è registrata sulla fattura del consumatore; II - se la fattura è già stata emessa al momento della comunicazione, l'importo sarà rimborsato; III - se il prezzo è già stato pagato totalmente o parzialmente, il credito del rispettivo importo sarà registrato sulla fattura che sarà emessa dopo la comunicazione». Infine, il paragrafo 7 prevede una sanzione per il mancato rispetto delle disposizioni del

paragrafo 6, corrispondente alla restituzione del doppio, al consumatore, dell'importo pagato.

7. Eccezioni al diritto di recesso

Come si è visto, il diritto di recesso *ex lege* garantito al consumatore è una delle caratteristiche essenziali della categoria della compravendita elettronica nei rapporti di consumo. Si tratta, infatti, di una regola generale in questa modalità di formazione contrattuale, inserita nel contratto come *naturalia negotii*. Data questa realtà, si pone il problema di determinare se si tratta di un diritto garantito a favore del consumatore al momento della conclusione di ogni e qualsiasi contratto di compravendita elettronica nei rapporti di consumo o se, in determinate circostanze, è ammissibile l'esistenza di eccezioni. Il legislatore comunitario, italiano e spagnolo riconoscono alcune ipotesi in cui, anche se il contratto è stato concluso a distanza, a causa della natura o delle circostanze del bene o del servizio, non sarebbe opportuno concedere al consumatore un diritto di recesso. Nel diritto brasiliano non c'è nessuna eccezione al diritto di recesso garantito dall'art. 49 del CDC. Prendendo in considerazione questa omissione, la dottrina e giurisprudenza maggioritaria brasiliana si posiziona nel senso che non ci sono eccezioni al diritto di recesso del consumatore³⁷⁶, ma la questione ha dato luogo a discussioni durante l'elaborazione del disegno di legge n. 3514/2015, da qui l'importanza di riflettere sulla questione.

Nel diritto europeo, l'art. 16 della direttiva 2011/83/UE, recepito in Italia attraverso l'art. 59 del Codice del consumo e in Spagna attraverso l'art. 103 del TRLGDCU, contiene un elenco di 13 eccezioni al diritto di recesso del consumatore

³⁷⁶ GERMANO ALVES, Fabrício; REIS, Halissa. *Aplicabilidade do direito de arrependimento no comércio eletrônico em relação aos produtos personalizados*, cit., p. 146.

nei contratti a distanza e fuori dei locali commerciali³⁷⁷. Nel diritto comunitario è prevista un'eccezione al diritto di recesso anche in relazione ai contratti di prestazione di servizi, quando questo è stato interamente fornito dal professionista e quando l'inizio dell'esecuzione è stato autorizzato dal consumatore, nella consapevolezza che dopo quel momento il diritto viene perso. Tuttavia, dato che l'oggetto del presente lavoro è la compravendita elettronica di consumo, ci occuperemo esclusivamente di quelle eccezioni che si riferiscono ai contratti di compravendita. Si tratta di eccezioni che si basano sul danno causato al professionista, sia per l'impossibilità di restituire i beni in questione al mercato, sia per evitare la pratica di atti fraudolenti da parte dei consumatori³⁷⁸.

Ai sensi dell'art. 16, lett. c della direttiva 2011/83/UE (art. 59, lett. c, c. cons. italiano; art. 103, lett. c, TRLGDCU spagnolo), il consumatore non può esercitare il diritto di recesso in relazione a «beni confezionati su misura o chiaramente personalizzati». Non va dimenticato che una volta che il contratto è risolto a causa dell'esercizio del diritto di recesso, il consumatore è obbligato a restituire una cosa determinata. E che, inoltre, i beni personalizzati o su misura sono infungibili, poiché non possono essere sostituiti da altri della stessa qualità e quantità. Questi fattori rendono difficile la riallocazione di questi beni sul mercato, causando un danno enorme al professionista³⁷⁹. Infatti, l'istituto del diritto di recesso, per la sua natura,

³⁷⁷Rispetto alle direttive 85/577/CEE e 97/7/CE, la direttiva 2011/83/UE ha unificato in un unico articolo le eccezioni al diritto di recesso sia per i contratti conclusi a distanza che per quelli fuori dei locali commerciali, oltre a estendere l'elenco delle eccezioni.

³⁷⁸ LARROSA AMANTE, Miguel Ángel. *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, cit., p. 167: «El bien no es susceptible de volver a ser objeto de comercialización por el empresario (apartados c, d, e y f). Viene referido a bienes personalizados, que se deterioran o caducan con rapidez» (...) «La naturaleza del bien puede convertir el derecho de desistimiento en una vía abierta al fraude (apartados b, g, i, j y m). Su fundamento radica en la imposibilidad de la recíproca devolución de las prestaciones o la depreciación del bien que no tiene porqué ser soportada por el empresario».

³⁷⁹ BRAVO, Fabio. *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE. Verso un codice europeo del consumo*, cit., p. 235: «Il confezionamento su misura o la personalizzazione del bene, rispondendo ad esigenze personali di un dato consumatore, impediscono una successiva commercializzazione del medesimo bene, diversamente da quanto potrebbe avvenire per beni

è incompatibile con la vendita di beni su misura e personalizzati, poiché l'impossibilità di restituzione del bene dopo l'estinzione del contratto si verifica *ab origine*, dal momento della sua fabbricazione, rendendo impossibile ristabilire lo *status quo ante*³⁸⁰, risultante dall'esercizio del diritto di recesso. In questo contesto, dare al consumatore la possibilità di recesso potrebbe generare situazioni di abuso di diritto.

Come detto, il CDC brasiliano non prevede alcuna eccezione al diritto di recesso del consumatore nei contratti conclusi a distanza. Nelson Nery Junior, uno degli autori del disegno del Codice di difesa del consumatore, afferma che «il diritto al recesso esiste, indipendentemente dal fatto che il prodotto sia stato ordinato su espressa richiesta del consumatore»³⁸¹. Secondo gli autori Fabrício Germano Alves e Halissa Reis, «restringere un diritto del consumatore in base al tipo di prodotto, come un prodotto personalizzato, è ingiusto, poiché questo consumatore è soggetto alle stesse impossibilità di giudizio di valore sulla qualità e la coerenza con le informazioni date dal fornitore e alle pratiche commerciali abusive come con qualsiasi altro prodotto», «potrebbe scoraggiare i consumatori a contrattare servizi personalizzati tramite il commercio elettronico», e inoltre, «limitare il diritto di recesso del consumatore in relazione a un prodotto personalizzato è renderlo ostaggio di possibili abusi da parte del fornitore». Fabrício Germano Alves e Halissa Reis affermano inoltre che «l'imminenza dell'abuso dei diritti e la violazione del principio di buona fede non dovrebbero essere usati come

prodotti secondo le esigenze standard del consumatore, in un'ottica congeniale alla distribuzione di massa».

³⁸⁰ MANCALEONI, Anna Maria. *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, 2005, p. 202. Tra i beni materiali in relazione ai quali non si può esercitare il recesso, si possono distinguere due categorie: quelli dovuti all'impossibilità di restituzione *ab origine*, e quelli dovuti alla sopravvenuta impossibilità di restituzione.

³⁸¹ Traduzione a cura dell'autore, NERY JUNIOR, Nelson. *Capítulo VI: da proteção contratual*, cit., p. 568.

argomento» per limitare i diritti di recesso del consumatore in relazione ai prodotti personalizzati³⁸².

Nella giurisprudenza, a causa dell'omissione legislativa, sorgono decisioni contraddittorie tra loro sulla possibilità di risolvere un contratto di compravendita il cui oggetto è la consegna di beni personalizzati. Evidenziamo, come esempio, due decisioni del Tribunale di Giustizia del Distretto Federale, attraverso le quali sono state decise due diverse cause intentate contro lo stesso professionista, il cui oggetto è la garanzia del diritto di estinzione del contratto di compravendita di un album fotografico di laurea, a causa dell'esercizio del diritto di recesso. Nel primo caso, il TJDF ha respinto l'Appello Civile del Tribunale Speciale n. 20150810010313, presentato da *Sun Color Cine Foto Som e Eventos Ltda.* contro la sentenza che ha riconosciuto il diritto di recesso a favore del consumatore Tayane Ferreira de Oliveira Valencia. Nelle parole del Relatore João Luis Fischer Dias «il diritto di recesso, previsto dall'art. 49 del CDC, non è condizionato dalla natura del prodotto o del servizio offerto». Nel suo parere, «il fatto che il prodotto sia personalizzato (album fotografico) non toglie all'autore il diritto di recesso»³⁸³. In direzione opposta, la decisione proferita dal TJDF, ha respinto il ricorso AP n. 20160110014824, presentato dal consumatore Flávia Mercides Herculano contro la

³⁸² Tradizione a cura dell'autore, GERMANO ALVES, Fabrício; REIS, Halissa. *Aplicabilidade do direito de arrependimento no comércio eletrônico em relação aos produtos personalizados*, cit., p. 145 e 142.

³⁸³ Tribunale di Giustizia del Distretto Federale-TJDF. Appello Civile della Corte Speciale n° 20150810010313. Sentenza n° 919.200. 2ª Corte d'appello dei tribunali speciali del Distretto Federale. Richiedente. Sun Color Cine Foto Som e Eventos Ltda; richiesto: Tayane Ferreira de Oliveira Valencia. Relatore: João Luis Fischer Dias. Brasília, martedì 1° dicembre 2015. Disponibile presso

[https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=TURMAS_RECURSAIS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=&numero=20150810010313&tipoDeRelator=TODO&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=Processo&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=TURMAS_RECURSAIS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=&numero=20150810010313&tipoDeRelator=TODO&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=Processo&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1)

sentenza *a quo* che ha respinto il ricorso presentato contro lo stesso convenuto *Sun Color Cine Foto Som e Eventos Ltda.* Secondo il giudice Flavio Rostirola, il fatto che il materiale consegnato al consumatore sia facile da riprodurre e moltiplicare, e che sia di natura molto personale, trattandosi di foto della ricorrente del caso, rende impraticabile il diritto di recesso³⁸⁴.

All'art. 16, lett. *d*, della direttiva 2011/83/UE stabilisce un'altra eccezione al diritto di recesso che esclude la possibilità di estinguere un contratto di compravendita per la fornitura di «beni che rischiano di deteriorarsi o scadere rapidamente» (art. 59, lett. *d*, c. cons italiano; art. 103, lett. *d*, TRLGDCU spagnolo). Questa eccezione prevista dal diritto comunitario si applica in particolare ai prodotti venduti freschi, di natura alimentare, ma copre anche altri casi, come i mazzi di fiori. Si tratta, infatti, di vendite il cui oggetto è incompatibile con l'istituto del diritto di recesso, dato che il deterioramento dei beni deperibili avviene in un breve lasso di tempo, rendendo *ab initio* impossibile l'oggetto del diritto di restituzione del professionista risultante dall'estinzione del contratto. Va notato che la scadenza dell'obbligo di restituzione del bene dopo la risoluzione del contratto si verifica dopo il trascorrere della somma di due termini: quello per il suo esercizio e il successivo termine per la restituzione dei beni³⁸⁵, rendendo

³⁸⁴ Tribunale di Giustizia del Distretto Federale - TJDF. Processo n° 0000458-86.2016.8.07.0001. Appello Civile n° 20160110014824. Sentenza n° 1091816. 3ª Corte Civile Richiedente. Flávia Mercides Herculano; richiesto: Sun Color Cine Foto Som e Eventos Ltda; Relatore: Flavio Rostirola, Data del passaggio in giudicato: 18 aprile 2018. Data di pubblicazione nel DJE: 30/04/2018.

[https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=&numero=0000458-86.2016.8.07.0001&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=Processo&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=&numero=0000458-86.2016.8.07.0001&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=Processo&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1)

³⁸⁵ DÍAZ ALABART, Silvia; ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa. *Art. 16. Excepciones al derecho de desistimiento*, in DÍAZ ALABART, Silvia (dir); ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa (coord). *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva*

impossibile la restituzione di beni deperibili a causa della perdita o del deterioramento dell'oggetto³⁸⁶. Questo perché, per loro natura, la conservazione dei beni deperibili è di breve durata, il che rende impossibile per il professionista riallocare il prodotto sul mercato, in quanto non è in grado di garantire la sua integrità ad altri consumatori³⁸⁷. Inoltre, Fabio Bravo fa notare che la garanzia del diritto di recesso dall'acquisto di beni deperibili non è giustificata perché, visto il suo attuale uso domestico e la familiarità del consumatore con questo tipo di prodotto, non c'è asimmetria di informazione tra consumatore e professionista³⁸⁸.

A sua volta, l'art. 16, lett. e, della direttiva 2011/83/UE prevede un'eccezione al diritto di recesso in relazione ai «beni sigillati che non si prestano ad essere restituiti per motivi igienici o connessi alla protezione della salute e sono stati aperti dopo la sua consegna» (art. 59, lett. e, c. cons. italiano; art. 103, lett. e, TRLGDCU spagnolo). Questa norma è destinata a quei prodotti che sono stati sigillati dal professionista proprio allo scopo di proteggere la salute del consumatore³⁸⁹. In questo modo, si sottolinea che se questi tipi di beni sigillati non sono stati aperti dal

2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU), p. 417: «*Los bienes de este tipo (bienes perecederos), por su naturaleza, no se adecúan a la existencia de un derecho a desistir que precisa de un plazo para poder ejercitarlo, y luego de otro plazo para efectuar la devolución. La suma de ambos plazos da como resultado que la venta a distancia o fuera del establecimiento de productos perecederos como pueden ser alimentos frescos, o cocinados, o flores cortadas, etc. sean contratos que carezcan de derecho de desistimiento*».

³⁸⁶ BRAVO, Fabio. *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE. Verso un codice europeo del consumo*, cit., p. 235: «l'attribuzione del diritto di recesso in favore del consumatore finirebbe per generare uno squilibrio contrattuale a danno del professionista, che si vedrebbe ingiustamente esposto alla decurtazione patrimoniale, non potendosi utilmente riappropriare del bene commercializzato o non potendo commercializzare nuovamente a terzi il bene eventualmente riavuto a seguito del recesso».

³⁸⁷ RUMI, Tiziana. *Art. 59. Eccezioni al diritto di recesso*, in D'AMICO, Giovanni (a cura di). *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. Lgs. n. 21/2014*. Wolters Kluwer CEDAM, Milano, 2015, p. 260.

³⁸⁸ BRAVO, Fabio. *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE: verso un codice europeo del consumo*, cit., p. 227.

³⁸⁹ RUMI, Tiziana. *Art. 59. Eccezioni al diritto di recesso*, cit., p. 260: «L'ipotesi è quella di beni che vengono distribuiti sigillati proprio per garantirne l'igiene e la tutela della salute. È evidente, allora, che la rottura dell'involucro da parte del consumatore ne rende impossibile la rivendita perché i prodotti non sono più sicuri dal punto di vista igienico- sanitario e risultano inadatti a svolgere la sua funzione economica».

consumatore, questo può esercitare il diritto di recesso³⁹⁰. D'altra parte, l'apertura da parte del consumatore di beni sigillati, che compromette la protezione della salute dei futuri consumatori, rappresenta un'eccezione *a posteriori* al diritto al recesso. Un esempio di eccezione è l'acquisto, via *internet*, di prodotti cosmetici e alimentari sigillati, aperti in seguito dal consumatore, che il professionista non potrebbe rimettere sul mercato per ragioni di protezione della salute dei consumatori stessi. In questo contesto, spiega Francesco Rende che «nei contratti relativi a beni, l'irripetibilità della prestazione può dipendere da circostanze sopravvenute che ne abbiano compromesso la sostanziale integrità. Ne consegue, come si è visto in precedenza, il venir meno del diritto di pentimento, pur quando non sia ancora integralmente decorso il periodo di riflessione»³⁹¹.

La lett. *j* dell'art. 16 della direttiva 2011/83/UE preclude anche l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore per una vendita relativa alla fornitura di «giornali, periodici e riviste, ad eccezione dei contratti di abbonamento per la fornitura di tali pubblicazioni» (art. 59, lett. *j*, c. cons, italiano; art. 103, lett. *j*, TRLGDCU spagnolo). Questo perché la natura periodica di questi tipi di prodotti accorcia la loro utilità, considerato che perdono rapidamente il loro valore, rendendo difficile per il professionista reintrodurli sul mercato³⁹². Inoltre, i prodotti di questa natura sono suscettibili di essere letti prima del termine ultimo per il

³⁹⁰ DÍAZ ALABART, Silvia; ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa. *Art. 16. Excepciones al derecho de desistimiento*, cit., p. 418: «Es muy correcto que en la Directiva se pierda el derecho a desistir solamente si se desprecinta el bien, ya que solamente en ese caso puede darse algún problema para la salud, o no respetarse la higiene exigida».

³⁹¹ RENDE, Francesco. *Il recesso comunitario dopo l'ultima pronuncia della corte di giustizia*, in *Rivista di Diritto Civile*, n° 5, settembre-ottobre, 2009, p. 551.

³⁹² DÍAZ ALABART, Silvia; ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa. *Art. 16. Excepciones al derecho de desistimiento*, cit., p. 422: «esta exclusión viene justificada por la inmediata pérdida de valor que sufren estos bienes, en atención a su periodicidad, lo que impide su reintroducción en el mercado una vez devueltos por el consumidor, pues ya habrían perdido su actualidad que tiene un lapso de utilidad muy breve. Pero es que además, salvo que dichos periódicos o revistas se distribuyeran dentro de un sobre que haya de abrirse rompiéndolo, la devolución se podría hacer después de haber agotado la utilidad del periódico o revista después de haberlos leído, con el cual se permitiría que el consumidor llevara a cabo una actuación fraudulenta en perjuicio de los legítimos intereses del comerciante».

recesso³⁹³, incoraggiando comportamenti abusivi e fraudolenti da parte dei consumatori³⁹⁴, e causando danni agli interessi legittimi del professionista. Va osservato, tuttavia, che i contratti di abbonamento di questi prodotti sono ancora soggetti al diritto recesso, in modo che il consumatore può recedere dal contratto dopo aver ricevuto il primo articolo.

La direttiva 2011/83/UE prevede, inoltre, come eccezione al diritto di recesso del consumatore, l'ipotesi della fornitura di «beni che, dopo la consegna, risultano, per loro natura, inscindibilmente mescolati con altri beni» (art. 16, lett. f, direttiva 2011/83/UE; art. 59, lett. f, c. cons. italiano; art. 103, lett. f, TRLGDCU spagnolo). Questa ipotesi è esemplificata nel considerando 49 della direttiva, con la fornitura di combustibile. Questa eccezione è giustificata dall'impossibilità materiale di restituire il bene al professionista, in considerazione della sua mescolanza e inseparabilità con altri beni³⁹⁵. Pure è esclusa dal diritto di recesso, per mezzo della lett. i, la fornitura di «registrazioni audio o video sigillate o di software informatici sigillati che sono stati aperti dopo la consegna». Così, se il sigillo di questi prodotti

³⁹³ BRAVO, Fabio. *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE. Verso un codice europeo del consumo*, cit., p. 236: «fornitura di giornali, periodici e riviste, giacché, ove l'esclusione non fosse contemplata, il consumatore potrebbe avvalersi del recesso dopo aver effettuato la lettura del giornale, del periodico o della rivista, beneficiando ingiustamente della prestazione del professionista, senza essere tenuto al pagamento del corrispettivo».

³⁹⁴ PEÑA LÓPEZ, Fernando. *Artículo 103. Excepciones al derecho de desistimiento* in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Editorial Aranzadi S/A, 2015, p. 1558: «Nos encontramos ante una excepción fundada al tiempo en la falta de comerciabilidad de los bienes del contrato una vez entregados, única a la posibilidad cierta de fraude en ejercicio del desistimiento»; Nello stesso senso LARROSA AMANTE, Miguel Ángel Larrosa. *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, cit., p. 167: «La naturaleza del bien puede convertir el derecho de desistimiento en una vía abierta al fraude (apartados b, g, i, j y m). Su fundamento radica en la imposibilidad de la recíproca devolución de las prestaciones o la depreciación del bien que no tiene porqué ser soportada por el empresario».

³⁹⁵ DÍAZ ALABART, Silvia; ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa. *Art. 16. Excepciones al derecho de desistimiento*, cit., p. 419: «La justificación de esta excepción es clara: la imposibilidad material de devolución de dicho bien al comerciante tal como se entregó, ya que no será posible separarlo de los otros bienes a los que se ha unido o incorporado. Dicha mezcla parece ser que ha de derivar de la propia naturaleza del bien, y no tanto de la actuación del consumidor»; GUERINONI, Ezio. *Art. 52-59*, in CUFFARO, Vincenzo (a cura di). *Codice del consumo*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 515.

non è stato aperto, il recesso sarebbe ancora possibile. La norma mira ad evitare la possibilità di recesso dopo l'utilizzo delle registrazioni o la visione dei video, come film o musica, o inoltre, la copia di essi o di programmi informatici, prima della restituzione, che renderebbe illegittimo il recesso.

Queste eccezioni al diritto di recesso sono necessarie a causa dell'impossibilità, secondo la natura dell'oggetto, per le parti di ristabilire lo stato precedente alla contrattazione. Queste sono ipotesi tassative³⁹⁶, che non possono essere estese per analogia. Allo stesso modo, gli Stati membri dell'UE, in mancanza di una disposizione esplicita, non possono, nei loro ordinamenti giuridici interni, estendere o prevedere ipotesi di esclusione oltre quelle previste dall'art. 16 della direttiva in questione. Tuttavia, attraverso l'autonomia privata, si riconosce la possibilità per le parti contraenti di stabilire l'estensione della possibilità di recesso al consumatore, anche se nei casi legalmente esclusi da questo diritto³⁹⁷, con conseguente aumento della protezione dei consumatori. Infine, bisogna notare che le eccezioni *ex lege* non impediscono al professionista, nell'esercizio della sua autonomia privata, come tecnica competitiva, di riconoscere al consumatore, in modo convenzionale, il diritto di recesso anche in questi casi³⁹⁸.

Dagli esempi sopra citati, si può osservare una chiara opzione del legislatore comunitario per l'inclusione di una lista di eccezioni alla possibilità di estinzione del contratto di compravendita a causa dell'esercizio del diritto di recesso. Come riferito, nel diritto brasiliano, l'art. 49 del CDC tace sulla possibilità o meno di escludere l'esercizio del diritto di recesso. A sua volta, anche il disegno di legge n. 3514/2015, che modifica le disposizioni dell'art. 49 del CDC, non prevede alcuna eccezione all'esercizio del diritto di recesso del consumatore. Così, per ovviare a questa omissione, è stato proposto l'emendamento n. 26 all'art. 49 del disegno di

³⁹⁶ RUMI, Tiziana. *Art. 59. Eccezioni al diritto di recesso*, cit., p. 257.

³⁹⁷ PILIA, Carlo. *Contratti a distanza e diritti dei consumatori*. Cedam Editore, 2012, p. 390.

³⁹⁸ RUMI, Tiziana. *Art. 59*, cit., p. 259: «Tanto non impedisce, tuttavia, secondo la dottrina, che i professionisti, nell'esercizio dell'autonomia privata, riconoscono convenzionalmente ai consumatori il diritto di recedere anche in alcune delle situazioni per le quali il recesso, risolvendosi in un ingiusto aggravio per l'impresa, sarebbe legalmente escluso».

legge n. 3514/2015, prevedendo l'inserimento di un elenco contenente le seguenti eccezioni al diritto di recesso: «I - servizi la cui esecuzione è iniziata, con la conformità del consumatore, prima della scadenza stabilita nel caput dell'art. 49; II- prodotti alimentari; III- prodotti personalizzati, fatti su misura per il consumatore; IV- giornali, riviste e libri, ad eccezione dei contratti di abbonamento per la spedizione di tali pubblicazioni; V- media con registrazioni audio, video e software per i quali il consumatore ha già rimosso il sigillo di garanzia di inviolabilità; VI- contratti conclusi in asta pubblica; VII- biglietti aerei» (art. 49, paragrafo 11, emendamento 26)³⁹⁹.

Come si può osservare, l'elenco delle eccezioni al diritto di recesso contenute nell'emendamento al disegno di legge n. 3514/2015 (emendamento n. 26), si è ispirato a quello della direttiva 2011/83/UE. Se approvata, l'inclusione delle eccezioni previste rappresenterebbe un importante progresso nella tutela dei consumatori, poiché inibirebbe l'emergere di una serie di conflitti derivanti dall'esercizio abusivo del diritto di recesso, con benefici per tutta la collettività⁴⁰⁰. In questo senso, dichiara Fabiano Menke che: «dobbiamo considerare che per evitare l'incertezza giuridica e l'uso di soluzioni casistiche in casi in cui migliaia di persone possono affrontare lo stesso problema, la migliore sarebbe la previsione

³⁹⁹ Il parlamentare Antonio Carlos Rodrigues, assistito dal giurista Alexandre Junqueira Gomide, ha proposto l'emendamento 26 al PL n. 3514/2015. Si veda il libro JUNQUEIRA GOMIDE, Alexandre. *Direito de Arrependimento nos Contratos de Consumo*, cit., p. 187 ss: «*Em alguns casos, a restrição justifica-se porque pode abrir porta ao abuso de direito, trazendo prejuízos aos fornecedores de produtos e serviços. Em outras hipóteses, a própria natureza jurídica do contrato não permite o exercício do direito de arrependimento. (...) Além disso, por razões óbvias, também deve ser limitado o exercício do direito de arrependimento de produtos confeccionados com as especificações do consumidor*»; JUNQUEIRA GOMIDE, Alexandre. *O direito de arrependimento aos consumidores: modelo atual e as proposições do Projeto de Lei do Senado 281/2012*, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*- vol. III, n. 9, março, 2013, p. 29- 49.

⁴⁰⁰ MENKE, Fabiano. *Apontamentos sobre o comércio eletrônico no direito brasileiro*, cit., p. 364. In questo senso, dichiara Fabiano Menke che: «*Há que se considerar que para evitar insegurança jurídica e o emprego de soluções casuísticas em casos em que milhares de pessoas podem defrontar-se com o mesmo problema, o melhor seria a previsão legal das exceções em que o direito de arrependimento não poderá ser exercido para compras realizadas pela internet, como a hipótese de passagens aéreas*».

legale di eccezioni in cui il diritto di recesso non può essere esercitato per acquisti fatti su *internet*, come nel caso dei biglietti aerei»⁴⁰¹. Nonostante questo, la Commissione per la modernizzazione del Codice di difesa del consumatore ha accolto soltanto parzialmente la proposta di emendamento, per quanto riguarda il diritto di recesso nell'acquisto di biglietti aerei, che: «può avere un termine diverso, a causa delle peculiarità del contratto, per regola ragionata delle agenzie di regolamentazione» (art. 49-A del disegno di legge n. 3514/2015). In altre parole, a rigore, la Commissione ha respinto tutte le eccezioni proposte nell'emendamento 26. La mancanza di elaborazione da parte del legislatore brasiliano di una lista di eccezioni all'uso del diritto di recesso ha generato una serie di decisioni giudiziarie contraddittorie, favorendo un'enorme insicurezza giuridica sia per i professionisti che per i consumatori.

La divisione in dottrina e giurisprudenza persiste tra coloro che difendono, data l'omissione nel CDC, la garanzia del diritto di recesso a favore del consumatore senza restrizioni, e coloro che, diversamente, difendono l'impossibilità dell'esercizio di questo diritto in certi ipotesi, a partire dalle disposizioni dell'art. 187 del c.c. brasiliano, che proibisce l'abuso del diritto, e sulla base del principio della buona fede oggettiva⁴⁰². In questo senso, Marco Scialdone spiega che la natura discrezionale del diritto di recesso: «non può, tuttavia, essere intesa in termini assoluti fino al punto di legittimare abusi: lo *ius poenitendi* non può ritenersi per ciò stesso sottratto ai principi generali del nostro ordinamento in tema di abuso di diritto, come espressione del principio di buona fede oggettiva e del principio di solidarietà»⁴⁰³. Inoltre, nelle parole di Elsa Dias Oliveira, le eccezioni al diritto al recesso ritraggono i casi: «in cui il ripristino della situazione precedente non è più

⁴⁰¹ Traduzione a cura dell'autore, MENKE, Fabiano. *Apontamentos sobre o comércio eletrônico no direito brasileiro*, cit., p. 364.

⁴⁰² JUNQUEIRA GOMIDE, Alexandre. *Direito de Arrependimento nos Contratos de Consumo*, cit., p. 91, 92, 96: «o abuso de direito estará configurado quando o titular excede os limites da boa-fé, função social e bons costumes de forma manifesta».

⁴⁰³ SCIALDONE, Marco. *Art. 54*, cit., p. 142.

possibile o non è esigibile perché rappresenta un rischio inaccettabile per il fornitore o potrebbe incoraggiare un comportamento abusivo da parte dei consumatori»⁴⁰⁴.

Così, per tutte le ragioni esposte in questo paragrafo, nonostante la natura generale del diritto di recesso nella compravendita elettronica di consumo, ci sono alcuni casi in cui l'esercizio di questo diritto non può essere concesso al consumatore. Queste ipotesi sono legate all'impossibilità di ristabilire lo *status quo ante* sia *ab origine*, a causa della natura del bene, che *a posteriori*, in vista di circostanze sopravvenute⁴⁰⁵. Le eccezioni si basano sia sul principio della buona fede oggettiva che sul principio che proibisce l'abuso del diritto. Concludiamo, alla luce dell'analisi dell'istituto dello *ius poenitendi* nel diritto brasiliano, con la necessità di stabilire una lista di eccezioni al suo esercizio nel Codice di difesa del consumatore.

⁴⁰⁴ Traduzione a cura dell'autore, DIAS OLIVEIRA, Elsa. *A Proteção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 92: «em que a reposição da situação anterior já não é possível ou não é exigível, pois representam para o fornecedor um risco inaceitável, ou que poderiam propiciar comportamentos abusivos por parte dos consumidores».

⁴⁰⁵ RENDE, Francesco. *Il recesso comunitario dopo l'ultima pronuncia della corte di giustizia*, cit., p. 551: «La protezione garantita dall'ordinamento giuridico ad un contraente non può trasformarsi nell'eccessivo sacrificio degli interessi della controparte. Nei contratti relativi a beni, l'irripetibilità della prestazione può dipendere da circostanze sopravvenute che ne abbiano compromesso (...). Ne consegue, come si è visto in precedenza, il venir meno del diritto di pentimento, pur quando non sia ancora integralmente il decorso del periodo di riflessione» (...) «Altre volte la prestazione può presentarsi *ab origine* come fisiologicamente irripetibile e di ciò risente anche il modo di operare del recesso comunitario»; LARROSA AMANTE, Miguel Ángel. *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, cit., p. 167: «El bien no es susceptible de volver a ser objeto de comercialización por el empresario (apartados c, d, e y f). Viene referido a bienes personalizados, que se deterioran o caducan con rapidez» (...) «La naturaleza del bien puede convertir el derecho de desistimiento en una vía abierta al fraude (apartados b, g, i, j y m). Su fundamento radica en la imposibilidad de la recíproca devolución de las prestaciones o la depreciación del bien que no tiene porqué ser soportada por el empresario».

CAPITOLO IV- Lo ius poenitendi e il diritto restitutorio

SOMMARIO: 1. Il diritto restitutorio come fonte delle obbligazioni; 2. L'obbligazione restitutoria del consumatore; 3. Effetti dell'inadempimento del consumatore dell'obbligazione di restituzione; 4. Rischio per la perdita o per il deterioramento del bene; 5. Il diritto del consumatore alla restituzione del prezzo; 6. Diritto alla restituzione delle spese accessorie di consegna; 7. Spese di restituzione del bene.

1. Il diritto restitutorio come fonte delle obbligazioni

Il diritto di recesso consiste nella facoltà conferita *ex lege* al consumatore di sciogliere il contratto dopo la sua conclusione. Cioè, la facoltà conferita al consumatore dall'art. 49 del CDC di recedere dal contratto non è un ostacolo alla formazione del contratto, ma il diritto di recedere da un contratto già concluso. Il primo comma dell'art. 49 del CDC, a sua volta, prevede che se il diritto di recesso viene esercito dal consumatore «gli importi eventualmente pagati, a qualsiasi titolo, saranno restituiti immediatamente». Si tratta, infatti, di una disposizione *ex lege*, ed è posta a priori la definizione se il diritto alla restituzione delle somme pagate dal consumatore sia regolato dal diritto contrattuale o dal diritto restitutorio, di cui all'art. 884 del Codice civile brasiliano. Nel diritto del consumatore brasiliano, come sarà analizzato nei seguenti paragrafi, ci sono pochi riferimenti alla nascita di doveri di restituzione dopo l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore. Dall'altra parte, nel diritto comunitario, Iacopo Cimino sottolinea che «una delle novità più rilevanti apportate all'istituto dello *ius poenitendi* dalla recente novella normativa tocca la disciplina delle obbligazioni restitutorie

susseguenti all'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore»⁴⁰⁶. Nel diritto brasiliano, l'introduzione dell'istituto dell'arricchimento senza causa con la sua attuale conformazione è avvenuta soltanto nel Codice civile del 2002, 12 anni dopo l'introduzione del diritto di recesso nel CDC. In questo contesto, è necessario analizzare gli effetti della estinzione della compravendita elettronica di consumo derivanti dall'esercizio dello *ius poenitendi* alla luce della disciplina civilistica del diritto restitutorio e del principio che vieta l'arricchimento senza causa.

Originariamente, secondo la classificazione gaiana, c'erano solo obbligazioni derivate dal contratto e dal delitto⁴⁰⁷. Tuttavia, subito dopo l'introduzione di questa classificazione, il giureconsulto Gaio si rese conto, in primo luogo, che il pagamento dell'indebito non deriva né dal contratto né dal delitto⁴⁰⁸. In seguito, sono state identificate nuove ipotesi in cui l'obbligazione non deriva né dal contratto né dal delitto, come, per esempio, la gestione di affari⁴⁰⁹. Infine, nelle Istituzioni di Giustiniano, apparve la quadripartizione delle obbligazioni: *obligatio ex contractu, quasi ex contractu, ex delicto, quasi ex delicto*⁴¹⁰, che si è riflessa nella codificazione francese, che ha incluso nella categoria del quasi-contratto la gestione di affari⁴¹¹ e il pagamento dell'indebito⁴¹². Nel diritto codificato, l'istituto dell'arricchimento senza causa è stato introdotto nell'articolo 70 del Codice civile svizzero del 1881, che recita «in una formula generica, una condanna formale di arricchimento senza causa, con la conseguente obbligazione di restituire»⁴¹³. L'inclusione dell'istituto nel paragrafo 812 e seguenti del BGB tedesco⁴¹⁴ ha inoltre

⁴⁰⁶ CIMINO, Iacopo Pietro. *Art. 57. Obblighi del consumatore nel caso di recesso*, in GAMBINO, Alberto Maria; NAVA, Gilberto. *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 176.

⁴⁰⁷ Gaio 3.88.

⁴⁰⁸ Gaio 3.91.

⁴⁰⁹ D. 44.7.5.

⁴¹⁰ Istituzioni di Giustiniano 3.13.2.

⁴¹¹ Art. 1372 del Codice civile francese.

⁴¹² Art. 1376 del Codice civile francese.

⁴¹³ ALVIM, Agostinho. *Do enriquecimento sem causa*, in *Revista dos Tribunais*, jun/2011.

⁴¹⁴ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*, vol. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 62.

contribuito allo sviluppo e alla diffusione dell'istituto, a partire della dottrina e giurisprudenza, negli altri paesi⁴¹⁵.

Come riferito da Agostinho Alvim «il sistema classico, ancora in vigore nella maggior parte dei paesi, (...) condanna anche l'arricchimento ingiustificato, ma lo fa casualmente, cioè, cercando di impedirlo, ovunque si manifesti»⁴¹⁶. Il principio moderno da cui è stata costruita la categoria del diritto delle obbligazioni derivati dall'arricchimento senza causa è stato preso dall'opera di Pomponio, contenuta nel Digesto, secondo il quale «*iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores*»⁴¹⁷. Nel diritto brasiliano, l'allora vigente *Corpus iuris civilis* è stato revocato a partire dalle disposizioni dell'art. 1807 del Codice civile del 1916⁴¹⁸, ma, per quanto riguarda le fonti delle obbligazioni, il legislatore ha optato per la classica distinzione, contenuta nelle Istituzioni di Gaio, tra obbligazioni contrattuali e quelle derivanti da atti illeciti, includendo la gestione di affari nel diritto contrattuale e il pagamento dell'indebito nel titolo dedicato all'adempimento delle obbligazioni. Nella sistematica del Codice civile brasiliano del 2002, sono fonti delle obbligazioni i contratti (titolo V), le dichiarazioni unilaterali di volontà (titolo VIII) e il diritto della responsabilità civile (titolo IX). Sotto la categoria dedicata alle «dichiarazioni unilaterali di volontà» il legislatore ha raccolto la promessa al pubblico (capitolo I), la gestione di affari (cap. II), il pagamento dell'indebito (cap. III), innovando con l'introduzione del concetto di arricchimento senza causa (cap. IV). Tuttavia, dei quattro istituti riuniti nel libro sul diritto delle obbligazioni, al titolo VIII, chiamato «Delle dichiarazioni unilaterali di volontà», soltanto la promessa di ricompensa rientra nella corrispondente categoria di negozio giuridico unilaterale.

⁴¹⁵ ALVIM, Agostinho. *Do enriquecimento sem causa*, cit.: «O Código Civil alemão, promulgado em 1896, deu ao assunto grande importância e desenvolvimento. Daí o ser muito citado a respeito».

⁴¹⁶ Traduzione a cura dell'autore, ALVIM, Agostinho. *Do enriquecimento sem causa*, cit.

⁴¹⁷ D. 50.17.206: «*es justo por derecho natural, que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro*».

⁴¹⁸ Art. 1807 c.c. brasiliano del 1916: «*Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias do direito civil reguladas neste Código*».

Nell'ordinamento giuridico spagnolo, il principio generale che vieta l'arricchimento senza causa non è stato positivizzato nel Codice civile del 1893. La gestione di affari e il pagamento dell'indebito sono stati regolati nella stessa categoria della promessa al pubblico, come specie derivate da atto o negozio giuridico unilaterale⁴¹⁹. Nel Codice civile italiano del 1942, a sua volta, l'istituto dell'arricchimento senza causa è stato consacrato nel titolo VIII del libro dedicato alle obbligazioni, subito dopo la disciplina della gestione di affari, oggetto di regolamentazione nel titolo VI, e di pagamento dell'indebito, regolato nel titolo VII. L'arricchimento senza causa è stato previsto dall'art. 2041 del Codice civile del 1942, secondo il quale: «chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale».

Nella sistematica del Codice delle obbligazioni svizzero, pubblicato il 30 marzo 1911, è stata introdotta una tripartizione fondamentale delle fonti delle obbligazioni: a) «obbligazioni derivanti da un contratto» (cap. I); b) «obbligazioni derivanti da atti illeciti» (cap. II), e c) «obbligazioni derivanti dall'arricchimento illegittimo» (cap. III). Inoltre, nel capitolo dedicato alla categoria dell'arricchimento senza causa, oltre al concetto stesso di arricchimento senza causa (art. 62), è stato incluso il pagamento dell'indebito (art. 63)⁴²⁰. Così, a partire del principio che vieta l'arricchimento senza causa, il Codice svizzero del diritto delle obbligazioni, approvato nel 1911, ha stabilito la regola che: «chiunque, senza motivo legittimo, si arricchisce a spese di un altro è tenuto a restituire» (art. 62 del Codice delle obbligazioni).

⁴¹⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Sistema de derecho civil. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual. Vol. II (tomo 2)*. Undécima edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2015, p. 302. Nel diritto francese e spagnolo, questa evoluzione rimane sancita soltanto a livello dottrinale e giurisprudenziale.

⁴²⁰ *Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações (livro V do Código Civil)*. Traduzido diretamente do texto original alemão por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Récord Editôra, 1961, p. 159-168. O título primeiro, dedicado à formação das obrigações, foi subdividido em: a) «obrigações resultantes de um contrato» (cap. I); b) «obrigações resultantes de atos ilícitos» (cap. II), e c) «obrigações resultantes do enriquecimento ilegítimo» (cap. III).

Nel diritto brasiliano, Fernando Noronha difende la teoria della tripartizione fondamentale delle obbligazioni, sulla base dell'interesse del creditore, «proprio perché hanno cause e scopi diversi», rispettivamente: «a) interesse nella realizzazione delle aspettative derivanti da impegni assunti da un'altra persona in un negozio giuridico, sia esso un contratto o un negozio giuridico unilaterale; b) interesse nella riparazione dei danni causati da una condotta antiggiuridica; c) interesse al riversamento sul patrimonio altrui (creditore), di incrementi avvenuti sul patrimonio altrui (debitore), quando per diritto dovrebbero appartenere a quel primo»⁴²¹. In altre parole, sulla base di questi criteri, propone una tripartizione fondamentale delle obbligazioni: a) le obbligazioni negoziali, che derivano da contratti o negozi giuridici; b) le obbligazioni derivanti dalla responsabilità civile; c) le obbligazioni di restituzione per arricchimento senza causa. In questa tripartizione, sottolinea Fernando Noronha che: «l'arricchimento senza causa ha guadagnato un'autonomia, come un ramo delle obbligazioni, accanto al negozio giuridico e alla responsabilità civile»⁴²².

L'arricchimento senza causa può essere definito come un'attribuzione patrimoniale ingiustificata, che determina l'aumento o impedisce la diminuzione di attivi appartenenti a una persona, a spese di un'altra, con conseguente nascita dell'obbligazione di restituzione. Nel diritto brasiliano, il principio che vieta l'arricchimento senza causa è stato stabilito nell'art. 884 del Codice civile, il cui prevede che «chi, senza giusta causa, si arricchisce a spese di un altro, è obbligato a restituire quanto indebitamente guadagnato, con rivalutazione degli importi monetari». Nelle parole di Fernando Noronha, l'arricchimento senza causa nasce «dall'appropriazione da parte di un altro, o dal semplice uso da parte di un altro, anche se non doloso o colposo, di beni che l'ordinamento giuridico destina al rispettivo titolare, e in questi casi l'interesse del creditore è tutelato con il ritorno

⁴²¹ Traduzione a cura dell'autore, NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*, cit., p. 21.

⁴²² Traduzione a cura dell'autore NORONHA, Fernando. *Enriquecimento sem causa*, in *Revista de Direito Civil*, n. 56, p. 57: «o enriquecimento sem causa ganhou autonomia, como ramo de obrigações, ao lado do negócio jurídico e da responsabilidade civil».

nel suo patrimonio dei beni, o del valore dell'uso ottenuto a sue spese, anche quando non ha subito alcun danno»⁴²³.

Nella dottrina, le teorie tradizionali che hanno portato alla positivizzazione dell'istituto sono state superate dalla teoria della destinazione dei beni⁴²⁴. Secondo la definizione di Karl Larenz, la teoria della destinazione dei beni deriva dal principio secondo il quale i vantaggi economici derivanti dall'uso e/o dal profitto ottenuto da una cosa determinata, così come dal prodotto della sua alienazione, spettano al rispettivo proprietario e/o titolare di diritti reali⁴²⁵. Sulla base delle norme stabilite nel diritto svizzero, italiano e brasiliano e della teoria giuridica comparata, si possono identificare come presupposti dell'obbligazione di restituzione derivante dall'arricchimento senza causa i seguenti requisiti: a) l'arricchimento; b) senza giusta causa; c) a spese altrui; e, a seconda dell'ordinamento giuridico; d) l'impoverimento; e) la sussidiarietà. Il primo requisito, corrispondente alla nozione stessa di arricchimento, nelle parole di Paolo Gallo, consiste in «qualche forma di profitto, lucro o incremento patrimoniale»⁴²⁶. Secondo Luis Díez-Picazo, l'arricchimento viene prodotto «tanto per un aumento del patrimonio come per una disminución del mismo»⁴²⁷. L'arricchimento proveniente dall'aumento del patrimonio può derivare dall'acquisizione di proprietà, diritti reali o di credito, possesso o qualsiasi altro vantaggio, come il consumo o l'uso di beni altrui. D'altra parte, Luis Díez-Picazo evidenzia la possibilità dell'esistenza di un «arricchimento negativo», in tutti quei casi in cui l'arricchito evita la perdita del patrimonio a spese di altri, il che si verifica quando

⁴²³ Traduzione a cura dell'autore, NORONHA, Fernando. *Enriquecimiento sem causa*, cit., p. 51.

⁴²⁴ NORONHA, Fernando. *Enriquecimiento sem causa*, cit., p. 57.

⁴²⁵ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*, vol. II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 523.

⁴²⁶ GALLO, Paolo. *L'arricchimento senza causa, la responsabilità civile*. Torino: G. Giappichelli editore, 2018, p. 39.

⁴²⁷ DíEZ-PICAZO, Luis. *Sistema de derecho civil. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual. Vol. II (tomo 2)*, cit., p. 302.

il beneficiario riesce ad evitare spese consumando cose altrui, o quando ottiene un vantaggio dai servizi ricevuti⁴²⁸.

Il secondo presupposto del diritto restitutorio è che avvenga senza giusta causa. Come spiega Cláudio Michelin, la nozione stessa di patrimonio presuppone una certa stabilità, per cui potrebbe essere alterata soltanto in seguito a cause giustificate, come, per esempio, in caso di adempimento di un obbligo contrattuale o di un obbligo di indennizzo, altrimenti «un'attribuzione patrimoniale che avvenga a danno di un'altra persona può generare il diritto alla restituzione», come, per esempio, nell'ipotesi di pagamento dell'indebito⁴²⁹. Il terzo presupposto che giustifica la nascita dell'obbligazione restitutoria consiste nella verifica che l'arricchimento sia avvenuto a spese di altri. Infatti, si tratta di un nesso causale tra l'arricchimento di un soggetto e la violazione del diritto di un altro. Secondo quanto chiarisce Fernando Noronha, l'istituto che vieta l'arricchimento senza causa mira alla protezione della ricchezza in modo dinamico e non statico, per cui il danno non causerebbe sempre l'impoverimento degli altri: «la nozione di danno, ai fini dell'arricchimento senza causa, deve essere data in termini reali, non patrimoniali: il danno, ora, non è la diminuzione del patrimonio del danneggiato, è il danno reale, è la frustrazione di un valore che dovrebbe appartenergli di diritto»⁴³⁰.

Come si può osservare, nell'ordinamento giuridico brasiliano, il danno non è un requisito per la configurazione dell'arricchimento senza causa. Alcuni ordinamenti giuridici, tuttavia, richiedono, per la configurazione dell'arricchimento senza causa, il requisito dell'impoverimento. Ciò significa che l'arricchimento senza causa di uno presuppone l'impoverimento di un altro. Nel Codice civile italiano ciò

⁴²⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Sistema de derecho civil. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual. Vol. II (tomo 2)*, cit., p. 302.

⁴²⁹ MICHELON JR., Cláudio. *Direito Restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 29, 182, 183.

⁴³⁰ Traduzione a cura dell'autore, NORONHA, Fernando. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 65-67: «a noção de dano, para efeitos do enriquecimento sem causa, há de ser dada em termos reais, não patrimoniais: o dano, agora, não é a diferença para menos no patrimônio do prejudicado, é o dano real, é a frustração de um valor que de direito lhe devia pertencer».

è evidenziato dalla formulazione dell'art. 2041, secondo cui l'arricchito deve indennizzare (l'impoverito) dalla sua correlativa diminuzione patrimoniale. Nel diritto spagnolo, allo stesso modo, la dottrina stabilisce che il semplice arricchimento non è sufficiente per caratterizzare l'arricchimento senza causa ed è necessario che si traduca in un impoverimento dell'altro. Nelle parole di Luis Díez-Picazo «la existencia de un enriquecimiento de una persona por otra no sería suficiente para fundar la pretensión de enriquecimiento»⁴³¹.

Infine, va notato il requisito dell'applicazione sussidiaria del diritto restitutorio, secondo il quale l'azione proposta sulla base del principio che vieta l'arricchimento senza causa sarà applicabile solo in considerazione della non applicabilità delle azioni basate sul diritto contrattuale o sulla responsabilità civile. Questa regola di sussidiarietà è stata costruita sulla base della dottrina francese, con lo scopo di evitare la soluzione del conflitto tra le norme derivate dal contratto e dalla responsabilità civile e le norme che regolano l'istituto dell'arricchimento senza causa, sulla base del criterio *lex specialis derogat legi generali*⁴³².

Nel diritto spagnolo, come già detto, l'arricchimento senza causa non è stato aggiunto nel Codice civile del 1893. Tuttavia, sotto l'influenza del diritto francese, il principio di sussidiarietà è stato stabilito da fonti dottrinali e giurisprudenziali. Nel diritto italiano, il requisito della sussidiarietà è stato previsto dall'art. 2042 del Codice civile, secondo il quale: «l'azione di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito». Infine, nel diritto brasiliano, il carattere sussidiario dell'arricchimento senza causa è evidenziato dall'art. 886 del c.c., secondo il quale: «la restituzione per arricchimento non è applicabile, se la legge concede al danneggiato altri mezzi per compensare il danno subito».

Come accennato, il concetto di arricchimento senza causa si afferma come categoria autonoma del diritto delle obbligazioni, in occasione del fenomeno delle

⁴³¹ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Sistema de derecho civil. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual. Vol. II* (tomo 2), cit., p. 302.

⁴³² GALLO, Paolo. *L'arricchimento senza causa, la responsabilità civile*, cit., p. 75.

codificazioni civili moderne, al punto di assorbire come specie i concetti tradizionali di pagamento dell'indebito e di gestione di affari. Tuttavia, ci sono altre situazioni in cui l'applicazione dell'istituto dell'arricchimento senza causa assume particolare rilevanza, tra le quali si evidenziano tutte quelle ipotesi in cui, in virtù della dichiarazione di nullità o annullamento di un contratto, si verifica un adempimento totale o parziale delle obbligazioni in esso contenute. Ai sensi dell'art. 182 del Codice civile brasiliano, «se il negozio giuridico viene annullato, le parti devono essere ripristinate nello stato in cui si trovavano prima della transazione e, se non è possibile ripristinarle, devono essere compensate con l'equivalente». Lo stesso principio viene applicato, per analogia con gli altri casi di risoluzione del contratto, poiché l'art. 885 del Codice civile brasiliano dispone che «La restituzione è dovuta non solo quando non c'è stata una causa che ha giustificato l'arricchimento, ma anche se la causa non esiste più». Nella dottrina spagnola, Luis Díez-Picazo afferma che: «*la obligación restitutoria existe también si la causa ha desaparecido posteriormente*»⁴³³. Nello stesso senso, nel diritto brasiliano, Claudio Michelon evidenzia che l'arricchimento senza causa colpisce il rapporto nel senso che «le attribuzioni patrimoniali che erano di giusta causa diventano attribuzioni senza causa»⁴³⁴.

Nei rapporti di consumo, l'innovazione rappresentata dall'emergere del diritto di recesso *ex lege* nei contratti a distanza consiste nella facoltà concessa al consumatore di sciogliere un contratto già concluso. Come esaminato nel capitolo precedente, il diritto di recesso può essere esercitato dal consumatore, nel caso dell'acquisto di beni mobili, anche prima del *dies a quo* del termine per il suo esercizio. Nei casi in cui il diritto di recesso viene esercitato in un momento precedente all'effettivo adempimento delle obbligazioni del contratto di

⁴³³ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Sistema de derecho civil. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. Vol. II (tomo 2), cit., p. 301.

⁴³⁴ Traduzione a cura dell'autore, MICHELON JR., Cláudio. *Direito Restituitório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*, cit., p. 176- 177.

compravendita, le parti sono semplicemente liberate da tali obbligazioni⁴³⁵. Tuttavia, nella compravendita elettronica di beni per mezzo di *internet*, il pagamento è un prerequisite per la conclusione del contratto. Inoltre, come analizzato, il *dies a quo* del termine per esercitare il diritto di recesso decorre, nel caso di beni tangibili, dalla loro consegna al consumatore, in modo che egli possa verificare le loro caratteristiche. Date queste circostanze, nella maggior parte dei casi il diritto di recesso è esercitato dal consumatore dopo l'esecuzione delle obbligazioni del contratto, corrispondenti al pagamento del prezzo da parte del consumatore ed alla consegna del bene da parte del professionista⁴³⁶.

⁴³⁵ RICCIO, Giovanni Maria; SALVATI, Maria Laura. *Art. 55. Effetti del recesso*, in GAMBINO, Alberto Maria; NAVA, Gilberto. *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 149: «Nell'ipotesi in cui il recesso si riferisca ad un contratto già concluso è possibile distinguere tre fattispecie: i) contratto con efficacia obbligatoria le cui obbligazioni non siano stati ancora eseguite: in tal caso le parti sono liberate dall'esecuzione delle prestazioni cui si erano obbligate; ii) contratto con efficacia obbligatoria le cui obbligazioni abbiano avuto un inizio di esecuzione o siano state completamente eseguite: in tal caso sorgono gli obblighi restitutori regolati agli articoli successive; iii) contratto con efficacia reale: anche in tal caso sorgono obblighi di tipo restitutorio»; DÍAZ ALABART, Silvia; ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa. *Art. 12. Efectos del desistimiento*, in DÍAZ ALABART, Silvia (dir); ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa (coord). *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*. Madrid: Editorial Reus, 2014, p. 306: «En algún supuesto residual es factible que el comerciante reciba la notificación del desistimiento por parte del consumidor, casi inmediatamente después de la celebración del contrato, incluso antes de que el comerciante haya enviado el bien. Solamente en este caso podremos decir realmente que el desistimiento ha extinguido para el comerciante la obligación de ejecutar su prestación principal, la entrega del bien».

⁴³⁶ DOMÍNGUEZ LLUELMO, Andrés. *Derecho de desistimiento*, in CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Director); ARROYO AMAYUELAS (coord.). *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre 2011*. Pamplona: Civitas, 2012, p. 224: «La mayor parte de las veces ocurrirá que las partes han ejecutado sus respectivas obligaciones, de manera que si el comerciante ha realizado la prestación correspondiente, y el consumidor ha pagado el precio, surge la obligación de restitución recíproca por parte de uno y otro»; DÍAZ ALABART, Silvia; ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa. *Art. 12. Efectos del desistimiento*, cit., p. 308: «Por mucho que se diga en el art. 12.a) DDC que el ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia o celebrados fuera del establecimiento, tiene como efecto la extinción de las obligaciones de las partes de ejecutar el contrato, tratándose de contratos de adquisición de bienes, en la gran mayoría de los supuestos dichas obligaciones se habrán ejecutado ya en su totalidad o, al menos, parcialmente. Por consiguiente, en la práctica los verdaderos efectos del desistimiento son las restituciones de las prestaciones ejecutadas y de otras

In queste ipotesi in cui il diritto di recesso viene esercitato dopo l'esecuzione delle obbligazioni contrattuali, nascono tra il professionista e il consumatore due rapporti giuridici obbligatori autonomi e distinti tra loro, al plurale, sui quali si applica il principio che vieta l'arricchimento senza causa: a) l'obbligazione del consumatore di restituire il prodotto acquistato; b) l'obbligazione del professionista di rimborsare al consumatore il prezzo pagato. Questi rapporti nascono dalla cessazione della giustificazione del trasferimento patrimoniale⁴³⁷ tra consumatore e professionista, che dà luogo a obblighi reciproci di restituzione corrispondenti al rimborso, da parte del professionista, delle somme ricevute, e alla restituzione, da parte del consumatore, della cosa consegnata⁴³⁸. Questo significa che una volta che la compravendita elettronica di consumo è estinta, il rapporto tra consumatore e professionista è regolato dal diritto di restitutorio, per il ristabilimento dello *status quo ante*⁴³⁹.

consecuencias de la liquidación del contrato»; GUALDIERI, Maurizio. Art. 56. *Obblighi del professionista nel caso di recesso*, in GAMBINO, Alberto Maria; NAVA, Gilberto. *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 154: «I rimedi restitutori sono giustificati dall'esecuzione del contratto avvenuta o iniziata durante il termine per l'esercizio dello *ius se poenitendi*».

⁴³⁷ GUALDIERI, Maurizio. Art. 56. *Obblighi del professionista nel caso di recesso*, cit., p. 154: «Sciolto il vincolo, le attribuzioni patrimoniali sono prive di titolo e la legge impone ai contraenti di ripristinare le posizioni antecedenti con la restituzione delle utilità ricevute». Inoltre, si veda: CIMINO, Iacopo Pietro. Art. 57. *Obblighi del consumatore nel caso di recesso*, cit., p. 176: «Una volta esercitato il recesso, soprattutto qualora il contratto abbia avuto ad oggetto l'acquisto di una *res*, sorge, infatti, in capo al consumatore l'obbligo di restituire la prestazione ricevuta, oltre alla correlata obbligazione, facente capo al professionista, di corrispondere quanto versato in pagamento dal consumatore».

⁴³⁸ ÁLVAREZ LATA, Natalia. Artículo 106. *Ejercicio y efectos del derecho de desistimiento*, in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Editorial Aranzadi S/A, 2015, p. 1605: «La obligación de devolver los bienes lógicamente surgirá para el consumidor cuando haya bienes que restituir. Es decir, este precepto parte de la premisa de que se cumplan estas dos circunstancias: 1. que el contrato en cuestión se califique como contrato de adquisición de bienes o mixto (contratos de suministro que determinen parcialmente el envío de bienes al consumidor); 2. que el consumidor haya ya recibido efectivamente los bienes antes de desistir o simultáneamente o, asimismo en el interin que va desde el envío de la declaración del desistimiento por el consumidor y la recepción por el empresario».

⁴³⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8ª edizione. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016: «Segundo dispõe o

2. L'obbligazione restitutoria del consumatore

La finalità dell'istituto del diritto di recesso nella compravendita elettronica di consumo è quella di garantire al consumatore la possibilità di estinguere unilateralmente il contratto, in modo da poter recuperare il prezzo e le spese accessorie pagate al professionista. Succede che, come chiarito nel paragrafo precedente, nel caso della compravendita elettronica di beni tangibili, il più delle volte il consumatore eserciterà il suo diritto di recesso dopo l'adempimento dell'obbligazione contrattuale del professionista di consegna del bene. Ciò perché, trattandosi di un contratto stipulato a distanza, è soltanto dopo la consegna del bene da parte del professionista al consumatore che quest'ultimo sarà in grado di valutare le sue caratteristiche e funzionalità. Per questa ragione, il *dies a quo* per l'esercizio dello *ius poenitendi* decorre dalla consegna del prodotto al luogo indicato dal consumatore.

In questo contesto, una volta estinto il contratto di compravendita elettronica in virtù dell'esercizio dello *ius poenitendi*, dopo l'adempimento dell'obbligazione del professionista, nasce il rapporto giuridico restitutorio tra professionista e consumatore, che mira alla restituzione del bene acquistato, sotto l'incidenza del principio che vieta l'arricchimento senza causa⁴⁴⁰. Inoltre, come sottolinea Natalia Álvarez Lata, le obbligazioni restitutorie del consumatore e del professionista non sono regolate dal principio di simultaneità⁴⁴¹, in modo che il professionista ha il

parágrafo único do art. 49, exercitado o direito de arrependimento não deverá haver enriquecimento ilícito do fornecedor, em virtude de sua prática agressiva de venda. Desconstituído o vínculo pela manifestação do consumidor, retornaram ambos os contraentes ao status anterior, devendo o fornecedor devolver os valores recebidos, monetariamente atualizados».

⁴⁴⁰ EIDENMÜLLER, Horst; FAUST, Florian; GRINGOLEIT, Hans Christoph; JENSEN, Nils; WAGNER, Gerhard; ZIMMERMANN, Reinhard. *Hacia una revisión del acquis de consumo*, in CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Director); ARROYO AMAYUELAS (coord.). *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre 2011*. Pamplona: Civitas, 2012, p. 140.

⁴⁴¹ ÁLVAREZ LATA, Natalia. *Artículo 108. Obligaciones y responsabilidad del consumidor y usuario en caso de desistimiento*, in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.),

diritto di trattenere le somme pagate dal consumatore fino a quando quest'ultimo dimostri di aver restituito il bene. Così, la principale obbligazione del consumatore dopo l'esercizio del diritto di recesso, per raggiungere il fine ultimo dello *ius poenitendi* e recuperare il prezzo pagato, è quella di restituire i beni al professionista o a qualcun altro autorizzato da esso⁴⁴².

L'art. 884 del Codice civile brasiliano, nel regolare l'istituto dell'arricchimento senza causa, stabilisce che l'obbligazione consiste nel restituire «quanto indebitamente guadagnato». Nel caso in questione, l'estinzione del contratto a causa dell'esercizio del diritto di recesso determina la cessazione della causa e la nascita dell'obbligazione di restituzione. Il bene da restituire corrisponde esattamente a quello ricevuto in adempimento dell'obbligazione di dare risultante dalla conclusione del contratto di compravendita. Questo significa che l'obbligazione del consumatore è quella di restituire cosa determinata. Il primo comma dell'art. 884 del Codice civile brasiliano dispone che: «se l'arricchimento ha come oggetto una cosa determinata, la persona che l'ha ricevuta è obbligata a restituirla». Pertanto, trattandosi di un'obbligazione di restituire una cosa determinata, il consumatore non può restituire al professionista una cosa diversa da ciò che è dovuto, anche se ha più valore, o attraverso il pagamento dell'equivalente in denaro⁴⁴³ sotto pena di inadempimento dell'obbligazione di restituire.

Come si può osservare, l'obbligazione di restituire una cosa determinata che si impone al consumatore sorge immediatamente dopo l'estinzione del contratto risultante dall'esercizio dello *ius poenitendi*. Dal momento in cui si verifica la nascita dell'obbligazione di restituire, si pone la questione relativa al termine entro il quale il consumatore deve procedere alla restituzione. Nel CDC non esiste una

Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, Navarra: Editorial Aranzadi S/A, 2015, p. 1604.

⁴⁴² ÁLVAREZ LATA, Natalia. *Artículo 108. Obligaciones y responsabilidad del consumidor y usuario en caso de desistimiento*, cit., p. 1604: «La principal obligación del consumidor que ha ejercido su derecho de desistimiento es la de restituir los bienes objeto del contrato».

⁴⁴³ Díez-PICAZO, Luis. *Sistema de derecho civil. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual. Vol. II (tomo 2)*, cit., p. 308.

norma giuridica che specifichi il termine in cui il consumatore deve procedere alla restituzione del bene. Ai sensi dell'art. 331 del Codice civile, «salvo diversa disposizione di legge, se il termine di pagamento non è stato fissato, il creditore può esigerlo immediatamente». Pertanto, una volta che il contratto è sciolto a causa dell'esercizio del diritto di recesso, il consumatore è obbligato a restituire i beni dovuti al professionista in modo immediato.

Nel diritto comunitario, la direttiva 97/7/CE, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, ometteva la definizione di un termine per la restituzione del bene da parte del consumatore. Con il recepimento della direttiva 97/7/CE attraverso il d. lgs. 22 maggio 1999, n. 185, e, successivamente, nel Codice del consumo italiano, all'art. 67, la materia era stata completata con la specificazione che il consumatore deve restituire i beni «secondo le modalità ed i tempi previsti dal contratto», ma che «il termine per la restituzione non può comunque essere inferiore a dieci giorni lavorativi» dalla data di ricevimento del bene. L'ordinamento giuridico spagnolo, a sua volta, ometteva la definizione di un termine per la restituzione dei beni da parte del consumatore.

Con la pubblicazione della direttiva 2011/83/UE, si è rimediato all'omissione dell'abrogata direttiva 97/7/CE attraverso la specificazione di un termine entro il quale i beni devono essere restituiti al professionista. La restituzione dei prodotti deve essere fatta senza indebito ritardo, entro un periodo di 14 giorni dalla data in cui il consumatore ha informato il professionista della sua decisione di esercitare il diritto di recesso (art. 14, paragrafo 1 della direttiva 2011/83/UE). Trattandosi di una direttiva di armonizzazione massima, i paesi membri non possono stabilire *ex lege* un termine più lungo per la restituzione del bene da parte del consumatore (art. 57 c. cons. italiano; art. 108 TRLGDCU). Pertanto, come previsto dalla direttiva 2011/83/UE, l'obbligazione del consumatore che ha come oggetto la restituzione del bene non sarà esigibile dal professionista prima del termine di 14 giorni.

Nel diritto brasiliano, il legislatore del disegno di legge n. 3514/2015, che intende aggiornare il CDC per quanto riguarda il commercio elettronico, ha scelto di non determinare un termine di restituzione del bene da parte del consumatore.

Vista l'omissione, nel corso di esame del disegno di legge del Senato n. 281, del 2012, il parlamentare Antonio Carlos Rodrigues, con l'assistenza del giurista Alexandre Junqueira Gomide, ha presentato l'emendamento n. 27, suggerendo la creazione del seguente paragrafo: «una volta esercitato il diritto di recesso, il consumatore deve conservare i beni per restituirli al fornitore nel termine di quindici giorni dal suo ricevimento» (art. 49, paragrafo 10, emendamento 27). Su questa proposta di emendamento, la Commissione ha risposto come segue: «Il rifiuto di questo emendamento è dovuto al fatto che l'aggiornamento deve garantire nuovi diritti ai consumatori e non effettuare limitazioni o retrocessioni ai diritti già esistenti nella legislazione e garantiti attraverso la norma del diritto fondamentale (art. 5, XXXII), dato il divieto di retrocessione in materia di diritto fondamentale».

Il fondamento del diritto restitutorio del professionista risiede nell'art. 884 del Codice civile, poiché l'attuale formulazione dell'art. 49 del CDC non prevede doveri del consumatore derivanti dall'esercizio del diritto di recesso. Questa omissione nel Codice di difesa del consumatore, tuttavia, non rende inapplicabili i principi generali di diritto contenuti nel Codice civile. Ora, secondo il Codice civile brasiliano, la non specificazione di un termine presuppone l'immediatezza della restituzione (art. 331 del Codice civile). In questo contesto, la determinazione di un termine rappresenterebbe, più che una «limitazione» o una «retrocessione al diritto», una protezione del consumatore, poiché gli concederebbe un periodo di 15 giorni per la restituzione del bene al professionista o a qualcun altro autorizzato da lui, a partire dal suo ricevimento. In altre parole, invece di limitare i diritti del consumatore, seguendo l'esempio di ciò che è stato regolato nel diritto comunitario, la determinazione nel CDC di un termine entro il quale deve restituire il bene genererebbe una maggiore sicurezza giuridica nei suoi rapporti con il professionista⁴⁴⁴.

⁴⁴⁴ GUALDIERI, Maurizio. *Art. 56. Obblighi del professionista nel caso di recesso*, in GAMBINO, Alberto Maria; NAVA, Gilberto. *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 154: «L'attuale disarticolazione vuole offrire una regolamentazione analitica della fase restitutoria, momento di verifica delle tutele del consumatore

3. Effetti dell'inadempimento del consumatore dell'obbligazione di restituzione

Il diritto alla restituzione del prezzo, che consiste nel fine ultimo dello *ius poenitendi*, dipende dall'adempimento da parte del consumatore dell'obbligazione di restituire il bene, sotto pena di essere compromesso il suo diritto alla restituzione del prezzo, dal diritto di ritenzione del professionista o attraverso la compensazione del debito restitutorio con il credito del consumatore, o anche, dalla responsabilità civile del consumatore per perdita o deterioramento del bene. Non va dimenticato che, come detto nel capitolo III, l'esercizio dello *ius poenitendi* è incondizionato, cioè una volta esercitato, opera l'effetto dell'estinzione del contratto. Ciò significa che l'effetto estintivo del contratto derivante dall'esercizio dello *ius poenitendi* non dipende dalla restituzione dei beni da parte del consumatore⁴⁴⁵. D'altra parte, dal momento in cui il contratto viene sciolto, sorge l'obbligazione del consumatore di restituire i beni, sulla base del principio che vieta l'arricchimento senza causa, e la conseguente responsabilità civile derivante dalla sua violazione⁴⁴⁶. Poiché, in caso di responsabilità civile, il diritto del consumatore alla restituzione del prezzo può essere parzialmente o totalmente compromesso, un'analisi di questa responsabilità è necessaria per evitare abusi da parte del professionista e per stabilire i limiti entro i quali egli può eventualmente esercitare il suo diritto di trattenere e/o compensare

nel caso di recesso, e risponde a esigenze di semplificazione, certezza dei rapporti e razionalizzazione dei costi».

⁴⁴⁵ BELUCHE RINCÓN, Iris. *Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato*, in *Diario La Ley*, n. 7182, 2009, p. 6: «Como regla general se establece que el derecho de desistimiento del consumidor subsiste siempre, incluso cuando la posibilidad de restituir la prestación le sea imputable»; CIMINO, Iacopo Pietro. *Art. 57. Obblighi del consumatore nel caso di recesso*, cit., p. 178; ARNAU RAVENTÓS, Lidia. *Imposibilidad de restituir la prestación y facultad de desistimiento*, in *Revista de Derecho Civil*, vol. I, no. 4, ottobre-diciembre 2014, p. 261-265.

⁴⁴⁶ MICHELON JR., Cláudio. *Direito Restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*, cit., p. 196: «o art. 240 estabelece que a impossibilidade de restituir decorrente de culpa do devedor resolve-se em perdas e danos. Transmuda-se aqui o regime da obrigação restitutória em um regime de responsabilidade civil».

il prezzo o ritenere il consumatore responsabile della violazione dell'obbligazione di restituzione del bene.

La prima ipotesi in cui è garantito il diritto all'estinzione dell'obbligazione del professionista di restituire il prezzo al consumatore mediante compensazione dei debiti è quella in cui si verifica la responsabilità civile del consumatore per l'inadempimento totale della sua obbligazione di restituire il bene al professionista. Si tratta della situazione in cui, pur avendo esercitato lo *ius poenitendi*, il consumatore semplicemente non restituisce il bene al professionista o, ancora, quando restituisce il bene a un soggetto non legittimato a riceverlo, che determina non il ripristino del contratto estinto, ma l'estinzione del diritto al rimborso per compensazione con le obbligazioni restitutorie, in virtù del disposto dell'art. 368 del Codice civile. La seconda ipotesi di responsabilità del consumatore è più complessa, poiché riguarda la situazione in cui si verifica una restituzione inesatta del bene.

Nel caso di un'obbligazione di restituzione di cosa determinata, la restituzione di qualcosa di diverso da ciò che è dovuto equivale al suo totale inadempimento. D'altra parte, nell'ipotesi di restituzione della cosa determinata dovuta dal consumatore, è necessario verificare se l'integrità del prodotto restituito non è stata compromessa, in modo da poter determinare un'eventuale responsabilità per perdita o deterioramento del bene. Questo perché, secondo le disposizioni dell'art. 239 del Codice civile, nell'obbligo di restituire una cosa determinata, se c'è perdita o deterioramento del bene, il debitore risponde delle perdite e dei danni. Allo stesso modo, ai sensi dell'art. 399 del Codice civile, il consumatore in mora risponde dell'impossibilità di adempimento dell'obbligazione di restituzione di una cosa determinata per la perdita o il deterioramento della cosa derivante da caso fortuito o di forza maggiore⁴⁴⁷. Tuttavia, secondo le disposizioni del secondo comma

⁴⁴⁷ Art. 397 del Codice civile brasiliano: «*O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor. Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial*».

dell'art. 397 del Codice civile, «*não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial*».

Succede che, a differenza di quello che avviene nel diritto civile, non qualsiasi deterioramento è idoneo a generare la responsabilità del consumatore. Come detto, nella compravendita elettronica di beni tangibili, il termine iniziale per l'esercizio dello *ius poenitendi* decorre dopo la consegna del bene nel luogo indicato dal consumatore. Questo perché soltanto attraverso il contatto diretto con il bene acquistato il consumatore sarà in grado di valutare se le sue caratteristiche e funzionalità soddisfano le sue aspettative. Per questa ragione, dopo aver ricevuto il bene, il consumatore ha il diritto di aprire la confezione per testare il prodotto, purché lo faccia in buona fede, come se si trovasse nel locale commerciale del professionista. Questa forma di manipolazione appropriata per la verifica varia a seconda della natura del bene in questione⁴⁴⁸. Si sottolinea, però, che, secondo quanto analizzato nel capitolo III, paragrafo 7, si dovrebbero fare eccezioni in quelle ipotesi di impossibilità di esercizio dello *ius poenitendi* dopo l'apertura di prodotti sigillati, per ragioni di igiene e protezione della salute.

Ciò significa che il danno causato dal deprezzamento del valore di mercato del bene, derivante dall'apertura dell'imballaggio, in considerazione della natura del diritto di recesso, rientra nell'ipotesi di deterioramento non imputabile al consumatore, motivo per cui il suo costo deve essere sostenuto interamente dal professionista⁴⁴⁹. D'altra parte, tenendo conto della possibilità della nascita

⁴⁴⁸ DÍAZ ALABART, Silvia; ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa. *Art. 14. Obligaciones del consumidor em caso de desistimiento*, in DÍAZ ALABART, Silvia (dir); ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa (coord). *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*. Madrid: Editorial Reus, 2014, p. 345: «*La determinación de cuál sea en cada caso esa manipulación necesaria, variará mucho dependiendo del tipo de bienes concretos de los que se predique*».

⁴⁴⁹ GUZZARDI, Gaetano. *Art. 57. Obblighi del consumatore nel caso di recesso*, in D'AMICO, Giovanni (a cura di). *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. Lgs. n. 21/2014*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2015, p. 245; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho de desistimiento*, in CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Director); ARROYO AMAYUELAS (coord.). *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un derecho europeo*

dell'obbligazione di restituire i beni a causa dell'esercizio del diritto di recesso, si impone al consumatore il dovere di cura nel loro esame e prova, e il rispetto delle eventuali eccezioni al diritto di recesso. Questi doveri di cura o di conservazione dei beni, fino alla loro restituzione al professionista, sono il risultato di obblighi restitutori, derivanti dal principio che vieta l'arricchimento senza causa, e l'inosservanza totale o parziale di questo obbligo determina la responsabilità civile del consumatore. Nelle parole di Claudia Lima Marques, il consumatore: «deve fare attenzione che il bene non perisca e non subisca alcun tipo di svalutazione, e deve evitare di usarlo e danneggiarlo»⁴⁵⁰.

La direttiva 97/7/CE taceva sulla manipolazione e ispezione dei beni durante il *spatium deliberandi*, e sul loro stato di conservazione in caso di successiva restituzione. In occasione di questa normativa di armonizzazione minima, il legislatore italiano, del suo recepimento per mezzo del d. lgs. 22 maggio 1999, n. 185, e successiva inclusione nell'art. 67, comma 2, del Codice del Consumo, aveva stabilito la condizione di «sostanziale integrità del bene» nella sua restituzione, come presupposto per l'esercizio del diritto al recesso. Tuttavia, come visto, la

de la compraventa de octubre 2011. Pamplona: Civitas, 2012, p. 233: «En definitiva, la regla general es que sea el comerciante quien soporte el menor valor en venta de la cosa que se le restituye, lo que debe desvincularse de la idea de deterioro o menoscabo físico. Como se ha destacado, no es lo mismo un deterioro que implica una pérdida de utilidad con la consiguiente pérdida de valor en uso, que una disminución del valor en la que se mantiene la utilidad pero el bien pierde valor en cambio. Es decir, un deterioro físico va a provocar siempre una disminución de valor, pero el hecho de que el consumidor no deba reembolsar ninguna cantidad por la disminución del valor del bien, no va asociada a los menoscabos o deterioros de la cosa, sino al simple uso conforme a la naturaleza, las características o el funcionamiento de los bienes»; ÁLVAREZ LATA, Natalia. *Artículo 108. Obligaciones y responsabilidad del consumidor y usuario en caso de desistimiento*, cit., p. 1608: «Lógicamente, el consumidor puede examinar los bienes y comprobar su estado y condiciones y puede ser que fruto de esa manipulación, el bien sufra alguna alteración, sobre todo en su presentación y embalaje. Aunque no será habitual que por causa de dicha manipulación o prueba el bien sufra una disminución de su valor, el artículo 108.2 preceptúa a contrario que el consumidor no será responsable de la misma, se eso aconteciera».

⁴⁵⁰ Traduzione a cura dell'autore, MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, cit., p. 176; JUNQUEIRA GOMIDE, Alexandre. *Direito de Arrependimento nos Contratos de Consumo*, cit., p. 162: «deverá o consumidor cuidar para que o bem não pereça ou sofra qualquer tipo de desvalorização».

natura incondizionata del diritto di recesso era compromessa da questa norma. Con l'abrogazione della direttiva 97/7/CE e la sua sostituzione con la direttiva 2011/83/UE, la lacuna riguardante il dovere di cura dei beni è stata colmata. L'art. 14, paragrafo 2, della direttiva 2011/83/UE prevede espressamente che il consumatore è responsabile della diminuzione del valore dei beni, durante lo *spatium deliberandi*, risultante da una manipolazione diversa da quella necessaria per stabilire la loro natura, le caratteristiche e il funzionamento⁴⁵¹ (art. 57, comma 2 del c. cons. italiano; art. 108, paragrafo 2 del TRLGDCU)⁴⁵². La manipolazione necessaria per verificare le caratteristiche del bene è definita nel considerando 47 della direttiva come quella effettuata nello stesso modo in cui sarebbe consentito in un negozio, ad esempio allo scopo di provare un indumento, non indossarlo. In seguito a questa modifica introdotta dalla direttiva 2011/83/UE, il legislatore italiano ha sostituito il criterio della «sostanziale integrità del bene» (già previsto dall'art. 67, comma 2, c. cons. italiano) con il criterio della «manipolazione necessaria per stabilire la natura, le caratteristiche e il funzionamento del bene».

Il nuovo criterio adottato dall'art. 14, paragrafo 2, della direttiva 2011/83/UE, secondo il quale il consumatore non è responsabile della diminuzione del valore del bene derivante dalla necessità di verificarne le caratteristiche e il funzionamento, trasferisce al professionista tutti i rischi di svalutazione derivanti dalla sua manipolazione diligente da parte del consumatore. Così, se il bene si deteriora per la sua manipolazione diligente da parte del consumatore, o per la semplice apertura

⁴⁵¹ LARROSA AMANTE, Miguel Ángel. *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, cit., p. 298: «cuando el uso por parte del consumidor excede al que es propio de la naturaleza del bien, éste sí tendrá que hacer frente a la disminución del valor del mismo» (...) «en el caso de que el bien sufra desperfectos o deterioros causados por el uso inadecuado del mismo, el consumidor que desista estará obligado a indemnizar al empresario por ello (art. 75.1 TRLGDCU)».

⁴⁵² ÁLVAREZ LATA, Natalia. *Artículo 108. Obligaciones y responsabilidad del consumidor y usuario en caso de desistimiento*, cit., p. 1609: «Esa norma (...) implica que si el bien que se devuelve ha sufrido algún daño imputable al consumidor- al margen de lo que se considera la disminución del valor de la cosa a consecuencia de un uso conforme a lo pactado por su naturaleza- éste ha de indemnizar al empresario. Mas, como se ha observado, dicha indemnización no procede sino del principio de la responsabilidad por los daños causados».

del suo imballaggio, e per questo motivo non può più essere venduto come nuovo, questo deprezzamento non è risarcibile, e sarà interamente a carico del professionista. Secondo Andrés Domínguez Luelmo, questa norma deriva dalla «*prohibición de penalizar al consumidor por el ejercicio del derecho de desistimiento*»⁴⁵³, così come dal principio della gratuità del diritto di recesso, non generando un arricchimento senza causa del consumatore⁴⁵⁴.

D'altra parte, il consumatore sarà ritenuto responsabile del deterioramento del bene risultante da una manipolazione diversa da quella necessaria per stabilirne la natura, le caratteristiche e il funzionamento (art. 14, paragrafo 2, direttiva 2011/83/UE; art. 57, comma 2, c. cons. italiano; art. 108, paragrafo 2, TRLGDCU spagnolo). Tuttavia, si sottolinea che anche se c'è un deprezzamento del bene risultante dalla sua manipolazione inappropriata, il consumatore non perderà il suo diritto di recesso⁴⁵⁵, tenendo conto che lo *ius poenitendi* è già stato esercitato, e il contratto è già stato estinto. D'altra parte, lo scopo ultimo dell'esercizio del diritto di recesso, che è il rimborso del prezzo, potrebbe essere frustrato. Questi danni derivanti della manipolazione inappropriata del bene da parte del consumatore saranno trattati sia attraverso la responsabilizzazione del consumatore per la sua perdita o deterioramento, che attraverso la deduzione dall'importo da rimborsare.

Va notato che l'onere della prova che la manipolazione del bene ha superato quella richiesta per verificare le sue qualità e funzionalità spetta al professionista. Infine, nel diritto europeo, esiste un'ipotesi in cui, anche di fronte alla perdita o al deterioramento imputabile al consumatore, questo non sarà ritenuto responsabile.

⁴⁵³ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho de desistimiento*, cit., p. 224.

⁴⁵⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho de desistimiento*, cit., p. 233 e 244: «*El dato que el consumidor no deba pagar ninguna cantidad por la disminución del valor del bien no creo que pueda interpretarse en el sentido de que contribuye a un enriquecimiento sin causa a su favor. Ya he destacado que esta disposición debe ponerse en relación con la idea de que el ejercicio del derecho de desistimiento no debe implicar ningún gasto para el consumidor. Si éste se limita a usar la cosa conforme a su naturaleza no experimenta ningún enriquecimiento*».

⁴⁵⁵ GUZZARDI, Gaetano. *Art. 57. Obblighi del consumatore nel caso di recesso*, cit., p. 243. Inoltre, l'articolo 75 del TRLGDCU prevede espressamente che «*la imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato por parte del consumidor y usuario por pérdida, destrucción u otra causa no privarán a éste de la posibilidad de ejercer el derecho de desistimiento*».

Si tratta dell'ipotesi in cui il professionista non abbia adempiuto le sue obbligazioni di informazione sulla sussistenza di un diritto di recesso, sulle condizioni, i termini e le procedure per esercitare tale diritto, nonché sul modulo tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B (art. 6, paragrafo 1, lett. *h*, direttiva 2011/83/UE). In caso di omissione rispetto a questi obblighi di informazione, come forma di sanzione, il professionista dovrà sostenere i costi della diminuzione del valore dei beni, anche se derivanti da una manipolazione diversa da quella per stabilirne la natura e verificarne la funzionalità (art. 14, paragrafo 2, direttiva 2011/83/UE; art. 57, comma 2, c. cons. italiano; art. 108, paragrafo 2, TRLGDCU spagnolo).

Le altre regole di responsabilità per la perdita o per i danni al bene devono essere definite da ogni Stato membro, in sede di attuazione della direttiva, o interpretate secondo le regole del diritto civile. Il Codice del consumo italiano non prevede altre regole sulla responsabilità del consumatore per la diminuzione del valore dei beni, per cui devono essere applicate, in via sussidiaria, le regole sulla responsabilità del Codice civile italiano. Nel diritto spagnolo, a sua volta, l'art. 75 del TRLGDCU dispone, per quanto riguarda l'impossibilità di restituire la prestazione per una causa imputabile al consumatore, che: *«el consumidor y usuario responderá del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de éste»*⁴⁵⁶.

Data la lacuna nel diritto dei consumatori italiano e in quello spagnolo, rimane la questione di come il professionista dovrebbe procedere in caso di diminuzione del valore del bene a causa di una manipolazione oltre a quella necessaria per verificarne le caratteristiche e il funzionamento. Secondo Silvia Díaz Alabart e María Teresa Álvarez Moreno, il professionista deve prima notificare al

⁴⁵⁶ EIDENMÜLLER, Horst; FAUST, Florian; GRINGOLEIT, Hans Christoph; JENSEN, Nils; WAGNER, Gerhard; ZIMMERMANN, Reinhard. *Hacia una revisión del *acquis de consumo**, cit., p. 142: *«Si la restitución en especie no es posible o no es adecuada, la indemnización debe hacerse en dinero. Esto se aplica también en la medida en que se haya producido una disminución del valor como consecuencia del uso normal de lo que se haya recibido»*.

consumatore la diminuzione del valore del bene, con una quantificazione corrispondente. Successivamente, gli autori sollevano il dubbio se il professionista «tiene derecho a retener esos reembolsos, en tanto no se produzca el pago»⁴⁵⁷, cioè se il professionista sarà in grado di compensare i debiti o se dovrà intraprendere un'azione legale contro il consumatore. Secondo Natalia Álvarez Lata, alla luce della mancanza di una normativa comunitaria e spagnola, si devono utilizzare le norme generali del diritto per la responsabilizzazione del consumatore, concludendo che «Nada dice el legislador español de la posibilidad en que, en lugar de demandar al consumidor en otro procedimiento por la disminución del valor de los bienes, el empresario compense los posibles daños en la cosa con la devolución de los costes que ha de realizar según el artículo 107 TRLGDCU ni, como ya se dijo, se admite la posibilidad de que sea causa de retención de los pagos por el consumidor»⁴⁵⁸.

Nel diritto brasiliano, il Codice di difesa del consumatore non disciplina la responsabilità civile del consumatore per violazione dell'obbligazione di restituire il bene dopo l'esercizio dello *ius poenitendi*. A causa di questa omissione, con l'assistenza del giurista Alexandre Junqueira Gomide, il parlamentare Antonio Carlos Rodrigues ha presentato, con l'emendamento n. 27 al disegno di legge del senato n. 281, del 2012 (ora in corso sotto il numero n. 3514/2015), un paragrafo che disciplina la responsabilità del consumatore, nei seguenti termini: «esercitato il

⁴⁵⁷ DÍAZ ALABART, Silvia; ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa. *Art. 14. Obligaciones del consumidor em caso de desistimiento*, in DÍAZ ALABART, Silvia (dir); ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa (coord). *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*. Madrid: Editorial Reus, 2014, p. 346: «Si advirtiera alguna manipulación incorrecta que de alguna manera suponga una disminución del valor del bien, corresponderá notificarlo al consumidor notificando el deterioro que presenta el bien y señalando que procede de una manipulación indebida del mismo, incluso cuantificando la pérdida de valor resultante. Si el consumidor se niega a abonar el coste de esa pérdida de valor, y el comerciante debe reembolsarle pagos hechos antes del desistimiento, puede quedar la duda si tiene derecho a retener esos reembolsos, en tanto no se produzca el pago».

⁴⁵⁸ ÁLVAREZ LATA, Natalia. *Artículo 108. Obligaciones y responsabilidad del consumidor y usuario en caso de desistimiento*, cit., p. 1610.

diritto di recesso, il consumatore deve conservare i beni, in modo da restituirli al fornitore, entro quindici giorni dal suo ricevimento, conservandone le caratteristiche e il funzionamento, ed è responsabile del deprezzamento derivante dal loro uso improprio» (art. 49, paragrafo 10, emendamento 27). Come si può osservare, la modifica proposta ha il merito di specificare, in modo più dettagliato, i doveri di custodia che sono imposti al consumatore, al fine di preservare l'integrità del prodotto acquistato da restituire nell'ipotesi di estinzione del contratto, con l'obiettivo di prevenire la responsabilità del consumatore per violazione dell'obbligazione di restituzione per perdita o deterioramento del bene, ai sensi dell'articolo 239 del Codice civile brasiliano.

Ciononostante, la Commissione di Modernizzazione del CDC, presieduta dal ministro Antonio Herman V. Benjamin, ha respinto l'emendamento proposto con l'argomento che, in forza delle disposizioni dell'art. 5, XXXII della Costituzione Federale «l'aggiornamento deve garantire nuovi diritti ai consumatori e non effettuare limitazioni o retrocessioni ai diritti già esistenti nella legislazione e garantiti attraverso la norma del diritto fondamentale (art. 5, XXXII), dato il divieto di retrocessione in materia di diritto fondamentale». Succede che, dal momento in cui si verifica l'estinzione del contratto a seguito dell'esercizio dello *ius poenitendi*, in forza del principio che vieta l'arricchimento senza causa, sorge l'obbligazione del consumatore di restituire il bene, alla luce dell'art. 884 del Codice civile. Secondo il primo comma dell'art. 884, se l'arricchimento ha per oggetto cosa determinata, la persona che lo ha ricevuto è obbligata a restituirla. Inoltre, ai sensi dell'articolo 239 del Codice civile, «se la cosa si perde per colpa del debitore, questo è responsabile per l'equivalente, più le perdite e i danni». Come riferito, a questo proposito, l'emendamento proposto rappresenterebbe un passo avanti perché, avvertendo il consumatore della necessità di conservare i beni da restituire, se eviterebbe che sia ritenuto responsabile.

Pertanto, la conclusione della Commissione nel senso che l'inserimento, nel paragrafo 10 dell'art. 49, attraverso l'emendamento 27 al disegno di legge n. 3514/2015, di una disciplina che regolasse la responsabilità del consumatore per la

perdita o il deterioramento del bene, non si condivide, perché anche se il CDC tace in relazione a tali obblighi restitutori del consumatore, esiste una responsabilità civile per il suo inadempimento. Inoltre, allo stesso modo, la sua introduzione nel CDC rappresenterebbe un progresso perché, di fronte alla possibilità di compromettere il diritto del consumatore alla restituzione del prezzo, dovuto alla perdita del bene acquistato, dovrebbe essere garantito a suo favore il diritto all'informazione sulle precauzioni da adottare. In ogni caso, la violazione dell'obbligazione di restituire cosa determinata si converte in un'obbligazione per perdite e danni di natura pecuniaria. Da questo momento, professionista e consumatore diventano creditori uno dell'altro del diritto alla restituzione che ha per oggetto una somma di denaro. Ai sensi dell'art. 368 del Codice civile «se due persone sono al tempo stesso creditore e debitore l'una dell'altra, le due obbligazioni si estinguono nella misura in cui si compensano». Cioè, dal momento in cui l'obbligo di rimborso diventa un obbligo pecuniario, sorge la possibilità di estinzione dell'obbligazione dovuta dal consumatore, con il credito oggetto del suo diritto al rimborso del prezzo. In questo contesto, nelle parole di Claudia Lima Marques, il consumatore «dovrà risarcire il fornitore per la perdita del prodotto o la svalutazione causata dal diritto di recesso, il tutto basato sul principio dell'arricchimento illecito»⁴⁵⁹.

D'altra parte, ciò non significa che l'emendamento n. 27, proposto al dissenso di legge n.3514/15, sia immune da critiche, perché ha omissis di disciplinare proprio gli aspetti che riguardano la perdita o il deterioramento del bene derivanti da una manipolazione necessaria per verificare le caratteristiche del bene, inerente all'istituto dello *ius poenitendi*, e in virtù della quale non si potrebbe in alcun modo ritenere responsabile il consumatore. La compravendita elettronica di beni tangibili da parte del consumatore, come descritto in tutto questo lavoro, è un contratto concluso a distanza, in cui il consumatore è distante non solo dal professionista, ma

⁴⁵⁹ Traduzione a cura dell'autore, MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, cit., p. 970.

anche dal bene da acquistare. È proprio per questo che il consumatore è autorizzato a riflettere sulla compravendita effettuata, anche dopo la consegna del bene al momento del suo possesso fisico. Per questo motivo, al consumatore deve essere garantito il diritto di aprire l'imballaggio e manipolare i beni, in modo da poterne valutare le caratteristiche e testarne il funzionamento. L'assenza, nel CDC, di una disciplina che garantisca al consumatore il diritto di manipolare e ispezionare il bene mette a rischio l'efficacia dello *ius poenitendi*, poiché si traduce nell'applicazione del disposto dell'art. 239 del Codice civile, trasferendo alla dottrina e alla giurisprudenza la responsabilità di costruire una soluzione guidata dal principio di giustizia ed equità.

In altre parole, si conclude che, nonostante l'omissione contenuta nel CDC sulle conseguenze della violazione del dovere del consumatore di restituire il bene, si utilizzano in modo sussidiario le norme di responsabilità civile presenti nel Codice civile. Tuttavia, al fine di tutelare il consumatore e tenendo conto delle particolarità dell'istituto del diritto di recesso, sarebbe importante, come avviene nel diritto europeo, l'introduzione nel CDC della disciplina di due aspetti inerenti l'istituto dello *ius poenitendi*: a) il dovere di informazione del professionista rispetto al dovere di cura del consumatore per la conservazione del bene; b) la non responsabilità del consumatore in caso della diminuzione del valore dei beni dovuto alla manipolazione e all'apertura dei pacchetti per la loro sua semplice verifica e prova, al fine di garantire l'efficacia dello *ius poenitendi*. Così, sciolta la compravendita elettronica di beni tangibili a causa dell'esercizio dello *ius poenitendi*, dopo l'adempimento dell'obbligazione di consegna del professionista, sorge il dovere del consumatore di restituire il bene, in modo che possa recuperare il prezzo pagato. Si ribadisce che la violazione di questo obbligo non comporta l'impossibilità per il consumatore di esercitare il diritto di recesso, che è incondizionato, ma di recuperare il prezzo pagato⁴⁶⁰.

⁴⁶⁰ GARCÍA VICENTE, José Ramón; MINERO ALEJANDRE, Gemma. *Artículo 75. Imposibilidad de devolver la prestación por parte del consumidor y usuario*, in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de*

4. Rischio per la perdita o per il deterioramento del bene

Nella compravendita elettronica che ha per oggetto beni tangibili, acquista una speciale rilevanza il problema relativo a quale parte, il professionista o il consumatore, sopporti il rischio di perdita o deterioramento dei beni di consumo. Questa analisi deve essere svolta sia al momento della consegna del bene da parte del professionista al consumatore, sia in relazione al rischio durante lo *spatium deliberandi* che a quello dopo l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore. Nel diritto brasiliano, si applica il principio che la proprietà e il rischio inerente ad essa si trasferiscono con la consegna⁴⁶¹. Per nessun altro motivo, nei rapporti di consumo, si applica la regola contenuta nell'art. 492 del Codice civile, secondo la quale «fino al momento della consegna, i rischi della cosa sono a carico del venditore». Nell'ordinamento spagnolo, secondo le disposizioni dell'articolo 609 del Codice civile, il contratto di compravendita si caratterizza per il suo carattere meramente obbligatorio⁴⁶². Nel diritto italiano, diversamente, la separazione tra il titolo e il modo di acquisizione della proprietà è stata eliminata

los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, Navarra: Editorial Aranzadi S/A, 2015, p. 1005: «El primer apartado de este precepto regula la imposibilidad sobrevenida de restituir la prestación objeto del contrato de consumo, que ello no supone la supresión del derecho de desistimiento del consumidor y usuario, ni siquiera cuando la imposibilidad de la restitución sea imputable al titular de este derecho de desistimiento. Con esa norma se refuerza, una vez más, el carácter incondicional e inalterable de este derecho de desistimiento para todos aquellos casos en los que la ley reconoce la existencia de este derecho. En este caso, se reconoce que el derecho de desistimiento no depende de la posibilidad del consumidor y usuario de devolver o no la prestación recibida, ni del hecho que la imposibilidad de devolución sea imputable o no al consumidor (...)».

⁴⁶¹ COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*, cit., p. 139.

⁴⁶² LLAMAS POMBO, Eugenio. *La Compraventa*, cit., p. 147: «la compraventa que regula el CC español se caracteriza por su naturaleza meramente obligacional entre las partes, de manera que desde su perfección genera el nacimiento de obligaciones recíprocas de entregar la cosa para el comprador y de pagar el precio para el vendedor, pero carece de efectos traslativos de propiedad, que sólo se producen en un momento ulterior, en el que se consuma el contrato, precisamente con la entrega». Secondo l'art. 609 del Codice Civile spagnolo: «La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción».

con l'introduzione del principio della trasmissione della proprietà *solo consensu*, a partire dall'art. 1376 del Codice civile⁴⁶³.

Nel diritto comunitario, per unificare la questione del passaggio del rischio nei contratti «in cui il professionista spedisce i beni al consumatore», è stato previsto nell'art. 20 della direttiva 2011/83/UE che «il rischio di perdita o danneggiamento dei beni è trasferito al consumatore quando quest'ultimo, o un terzo da lui designato e diverso dal vettore, acquisisce il possesso fisico dei beni». Nell'ordinamento italiano, l'introduzione di questa norma è stata recepita *ipsis litteris* attraverso l'art. 63 del c. cons., determinando una maggiore tutela del consumatore, attraverso il trasferimento al professionista del rischio per la perdita o il deterioramento dei beni fino alla loro consegna nel possesso fisico del consumatore⁴⁶⁴. Nel diritto spagnolo⁴⁶⁵, dato che il passaggio del rischio avviene con consegna, le disposizioni dell'art. 20 della direttiva 2011/83/UE non rappresentano una novità. Così, sia nel diritto brasiliano che in quello spagnolo e italiano, è il professionista che sopporta il rischio di deterioramento dei beni per caso fortuito e forza maggiore, fino alla loro consegna al possesso fisico del consumatore o a qualcuno indicato da esso.

La questione del rischio per la perdita o il deterioramento del bene diventa più complessa nel regime del diritto di restitutorio poiché, generalmente, l'esercizio del

⁴⁶³ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 103 e 672: «Questa scissione tra titolo e modo dell'acquisto è venuta meno con l'introduzione del principio del consenso traslativo: quando il contratto ha la funzione di trasferire un diritto, l'effetto traslativo è immediato (1376)» (...) «La compravendita (...). È, quindi, un contratto traslativo, in quanto si propone di realizzare il trasferimento della proprietà o di altro diritto. È, inoltre, un contratto consensuale: in forza del principio consensualistico (1376) “la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato”, senza che occorra la consegna della cosa». Secondo l'art. 1376 c.c. italiano «Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato».

⁴⁶⁴ DE BONIS, Daniele. *Art. 63. Passaggio del rischio*, in GAMBINO, Alberto Maria; NAVA, Gilberto. *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 253- 261.

⁴⁶⁵ CARRASCO PERERA, Ángel. *Comentarios a la Ley 3/2014 de reforma de la LGDCU. Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa de consumo*, in *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 9/2014.

diritto di recesso avviene dopo la consegna del bene da parte del professionista al consumatore, imponendo al consumatore l'obbligo di restituire una cosa determinata. Le norme del CDC brasiliano, la direttiva 2011/83/UE, il Codice del consumo italiano e il TRLGDCU spagnolo non regolano il passaggio del rischio dopo la consegna del bene al consumatore, rendendo necessaria un'interpretazione dottrinale. In questo contesto, è di particolare rilevanza pratica definire se lo scioglimento del contratto derivante dall'esercizio dello *ius poenitendi* produca effetti *ex nunc* o *ex tunc*. Cioè, se l'esercizio dello *ius poenitendi* conservi gli effetti del contratto prodotti tra il momento della sua formazione e quello della sua estinzione, o se operi con efficacia retroattiva, con il totale ristabilimento dello *status quo ante*, come se il contratto non fosse mai stato concluso⁴⁶⁶.

Nel diritto italiano, Iacopo Cimino difende la teoria secondo la quale l'estinzione del contratto derivante dall'esercizio dello *ius poenitendi* produrrebbe effetti *ex nunc*, nel qual caso gli effetti derivanti dalla conclusione del contratto di compravendita sarebbero conservati, fino al momento della comunicazione al professionista dell'esercizio dello *ius poenitendi*. In questo caso, in virtù dell'incidenza del principio di *res perit domino*, sono percepibili tre momenti, tra la ricezione del bene da parte del consumatore, e il suo ritorno al locale del professionista a causa dell'esercizio del diritto di recesso, in cui può verificarsi la

⁴⁶⁶ SALVI, Gabriele. *Art. 56. Obblighi del professionista nel caso di recesso*, in CAPOBIANCO, Ernesto; MEZZASOMA, Lorenzo; PERLINGIERI, Giovanni. *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. Seconda edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 347: «l'efficacia retroattiva dello *ius poenitendi* potrebbe assumere rilievo pratico, poiché verrebbe a incidere sulla disciplina di alcuni aspetti che rappresentano una diretta conseguenza dell'impostazione che si voglia assumere: si pensi alla opponibilità ai terzi ovvero la sopportazione del rischio di fortuito perimento del bene nel periodo intercorrente al trasferimento della proprietà e il recesso. È chiaro che il risultato empirico che consegue all'una e all'altra impostazione diverge completamente: assumendo la retroattività (fondata sulla logica del riportare il consumatore e il professionista allo status quo ante) il rischio del perimento del bene graverà sul professionista, così come eventuali pignoramenti o cessioni a terzi dovrebbero non prendere effetto in conseguenza del recesso. Per converso, ove si attribuisca al recesso effetto *ex nunc*, i risultati sarebbero opposti: il bene perirebbe nelle mani del consumatore e il recesso non sarebbe opponibile a terzi (su tutti ai creditori pignoranti o sequestranti) o aventi causa».

perdita o il deterioramento del bene: a) l'intervallo di tempo successivo al ricevimento del bene da parte del consumatore, ma anteriore alla tempestiva comunicazione al professionista dell'esercizio del diritto di recesso; b) l'intervallo di tempo successivo all'invio della comunicazione del consumatore sul recesso, ma anteriore alla restituzione del bene al professionista; c) il momento successivo alla comunicazione dell'esercizio del diritto di recesso e posteriore alla restituzione del bene da parte del consumatore.

La prima ipotesi da analizzare è quella che si riferisce al rischio di perdita o deterioramento del bene nel momento successivo alla sua consegna dal professionista al consumatore, però prima della tempestiva comunicazione da parte del consumatore dell'esercizio del diritto di recesso. Ammettendo che, in virtù dell'esercizio dello *ius poenitendi*, lo scioglimento del contratto produca un effetto *ex nunc*, in questo caso, il consumatore sarebbe considerato proprietario del bene fino al momento della comunicazione dell'esercizio dello *ius poenitendi* al professionista. Di conseguenza, secondo il diritto brasiliano, in forza dell'articolo 234 del Codice civile, se la cosa viene persa prima della consegna a causa di un evento non imputabile al consumatore, «l'obbligazione si estingue per entrambe le parti». Secondo le disposizioni dell'articolo 235 del Codice civile, se la cosa si deteriora a causa di un evento non imputabile al debitore, il creditore può ottenere l'estinzione dell'obbligazione o accettare la cosa, detraendo dal suo prezzo il valore che si è perso. Cioè, accogliendo la tesi che l'effetto estintivo si produca *ex nunc*, considerato che il consumatore è proprietario del bene prima della comunicazione dell'esercizio del diritto di recesso, in forza del principio di *res perit domino*, è il consumatore che dovrebbe sopportare il rischio per la perdita o il deterioramento del prodotto.

In altre parole, ciò significa che, anche in caso di impossibilità di restituzione del bene per un fatto non imputabile al consumatore, il suo diritto alla restituzione del prezzo sarebbe compromesso, poiché il professionista potrebbe compensare il suo obbligo di restituzione del prezzo con il suo diritto dovuto dal consumatore. Ma se la perdita è parziale, il valore equivalente sarà ridotto nella stessa proporzione.

In entrambi i casi, il professionista potrà estinguere tutto o parte del suo obbligo di rimborsare il prezzo attraverso la compensazione. Nel diritto italiano, su fondamenti diversi, Iacopo Cimino, raggiunge lo stesso risultato sostenendo, in questo specifico lasso di tempo, che il rischio deve essere sopportato dal consumatore, «per effetto del potere pieno ed esclusivo di godere e disporre del bene»⁴⁶⁷.

La seconda ipotesi è quella in cui il rischio di perdita o deterioramento del bene, dovuto a circostanze imprevedibili o forza maggiore, si verifichi dopo la comunicazione del consumatore dell'esercizio del diritto di recesso, ma in un momento precedente alla sua restituzione al professionista. Nel diritto italiano, l'effetto *ex nunc* dell'estinzione del contratto intervenuta dopo la comunicazione dell'esercizio del diritto di recesso determina il passaggio del diritto di proprietà dal consumatore al professionista. Secondo Iacopo Cimino, se si prende in considerazione il principio *res perit domino*, il rischio del fortuito in quel periodo di tempo ricadrebbe sul professionista⁴⁶⁸. Tuttavia, l'autore spiega che la *ratio* della norma sembra essere quella dell'imputazione del rischio al consumatore, poiché l'art. 56, comma 3 del Codice del consumo italiano (art. 13, paragrafo 3, della direttiva 2011/83/UE), permette al professionista di trattenere il rimborso delle somme fino alla prova della restituzione del bene da parte del consumatore⁴⁶⁹.

Il terzo intervallo di tempo riguarda il momento che si verifica dopo la consegna del bene da parte del consumatore al trasportatore, che lo inoltra all'indirizzo del professionista. Questa terza ipotesi, a sua volta, è suddivisa in due: 1) la restituzione tempestiva dei beni; 2) la restituzione in mora dei beni, che è già stata oggetto di esame nel paragrafo precedente. Per quanto riguarda la prima ipotesi, in virtù dell'art. 57, comma 1 del Codice del Consumo italiano, il rischio di perdita o deterioramento del bene si trasferisce al professionista nel momento della

⁴⁶⁷ CIMINO, Iacopo Pietro. *Art. 57. Obblighi del consumatore nel caso di recesso*, cit., p. 181.

⁴⁶⁸ CIMINO, Iacopo Pietro. *Art. 57. Obblighi del consumatore nel caso di recesso*, cit., p. 180.

⁴⁶⁹ CIMINO, Iacopo Pietro. *Art. 57. Obblighi del consumatore nel caso di recesso*, cit., p. 181.

tempestiva consegna del bene al trasportatore⁴⁷⁰. Come si può osservare, nel diritto italiano, adottando la teoria secondo la quale lo *ius poenitendi* produce efficacia *ex nunc*, il rischio di perdita o deterioramento dei beni si trasferisce al consumatore fino alla loro restituzione al professionista.

La maggioranza degli studiosi di diritto sostiene la posizione opposta, secondo la quale lo scioglimento del contratto in virtù dell'esercizio dello *ius poenitendi* produrrebbe efficacia retroattiva, cioè *ex tunc*, determinando il ristabilimento dello *status quo ante*, come se il contratto non fosse mai stato concluso. Nel diritto spagnolo, supponendo che il diritto di recesso abbia effetti *ex tunc*, con il conseguente risultato che il consumatore non sarebbe mai diventato proprietario, Natalia Alvarez Lata conclude che tutte le perdite fortuite e i danni al bene, dopo il recesso, ricadrebbero sul professionista⁴⁷¹, in forza del principio del *res perit domino*.

Nello stesso senso, José Ramón García Vicente afferma che «*el ejercicio del desistimiento acarreta extinción retroactiva del contrato celebrado, naciendo con ello una relación obligatoria de liquidación, en la que debe precisarse el alcance de las obligaciones restitutorias (...)*». Dalle disposizioni dell'art. 75, paragrafo 1, comma II, del TRLGDCU, secondo il quale (...) «*la subsistencia del derecho de desistir y sólo obliga a que el consumidor restituya el equivalente pecuniario cuando la imposibilidad le sea imputable al consumidor, con lo cual el riesgo de pérdida o destrucción fortuita se asigna al empresario*», conclude José Vicente García Ramón che «*ha de entenderse como una norma excepcional, pues contraría el principio de derecho comum positivado nos artículos 1308, 1314 y 1295 CC,*

⁴⁷⁰ CIMINO, Iacopo Pietro. *Art. 57. Obblighi del consumatore nel caso di recesso*, cit., p. 180.

⁴⁷¹ ÁLVAREZ LATA, Natalia. *Artículo 108. Obligaciones y responsabilidad del consumidor y usuario en caso de desistimiento*, cit., p. 1594 e 1611: «*el desistimiento determina la extinción de las obligaciones contractuales y la ineficacia ex tunc del contrato, lo que significa la restauración de la situación jurídica anterior al contrato que se tratará de lograr a través de una serie de reglas*» (...) «*si la imposibilidad sobrevenida no es imputable al consumidor- valorándolo de acuerdo con los artículos 1104 y 1183 CC, el consumidor podrá desistir sin pagar nada y recuperando las sumas entregadas al empresario*»; BELUCHE RINCÓN, Iris. *El derecho de desistimiento del consumidor*. Valencia: Tirant lo blanch, 2009, p. 89.

*según el cual el riesgo lo sufre en tales casos el legitimado para la restitución, que no puede exigir la ineficacia del vínculo cuando no se halla en condiciones de devolver el bien que había recibido como contraprestación»*⁴⁷². In sintesi, nella prospettiva che l'efficacia estintiva derivante dall'esercizio dello *ius poenitendi* determina effetti *ex tunc*, il rischio di perdita o deterioramento del bene si trasferisce al professionista.

Nel diritto italiano, spiega Ezio Guerinoni che «l'interpretazione che pone a carico del professionista il rischio del perimento fortuito del bene durante il periodo di riflessione si prospetta maggiormente aderente allo spirito che informa l'intera normativa: la previsione del diritto di ripensamento è volta a restituire al contraente quella libertà di decisione»⁴⁷³. Nello stesso senso, secondo Miguel Ángel Larrosa Amante, l'imputazione del rischio del perimento al professionista «*estaría justificado por la aplicación del principio de indemnidad económica pues no sería favorable para los intereses del consumidor que éste (...) tuviese que pagar por un bien que se ha perdido por causas no imputables a su persona*»⁴⁷⁴.

Nel diritto brasiliano, alla luce dei principi che regolano il diritto dei consumatori, si conclude che l'effetto estintivo derivante dall'esercizio dello *ius poenitendi* è retroattivo, cioè *ex tunc*. D'altra parte, il CDC tace in relazione agli obblighi restitutori del consumatore, per cui la soluzione deve essere costruita a

⁴⁷² GARCÍA VICENTE, José Ramón; MINERO ALEJANDRE, Gemma. *Artículo 75. Imposibilidad de devolver la prestación por parte del consumidor y usuario*, cit., p. 1001 e 1006: «*El ejercicio del desistimiento acarreta extinción retroactiva del contrato celebrado, naciendo con ello una relación obligatoria de liquidación, en la que debe precisarse el alcance de las obligaciones restitutorias (...)*» (...) «*Interpretando a contrario el artículo 75.1.II TRLGDCU declara la subsistencia del derecho de desistir y sólo obliga a que el consumidor restituya el equivalente pecuniario cuando la imposibilidad le sea imputable al consumidor, con lo cual el riesgo de pérdida o destrucción fortuita se asigna al empresario, en contradicción con las reglas comunes*» (...) «*ha de entenderse como una norma excepcional, pues contraría el principio de derecho de los artículos 1308, 1314 y 1295 CC, según el cual el riesgo lo sufre en tales casos el legitimado para la restitución, que no puede exigir la ineficacia del vínculo cuando no se halla en condiciones de devolver el bien que había recibido como contraprestación*».

⁴⁷³ GUERINONI, Ezio. *I contratti del consumatore. Principi e regole*, cit., 2011, p. 433.

⁴⁷⁴ LARROSA AMANTE, Miguel Ángel. *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, cit., p. 303, 304.

partire dalle norme contenute nel Codice civile. Secondo l'art. 238 del c. c., in caso di restituzione di cosa determinata «se la cosa è persa, prima della consegna, senza colpa del debitore, il creditore ne soffrirà la perdita». A sua volta, secondo l'art. 240 del c.c., sul deterioramento della cosa: «se la cosa da restituire è danneggiata senza colpa del debitore, il creditore la riceverà così com'è, senza diritto a indennizzo»⁴⁷⁵. Come si può osservare, secondo la disciplina del diritto di restitutorio, il rischio per la perdita o il deterioramento del bene oggetto dell'obbligo di restituzione di cosa determinata è del creditore⁴⁷⁶. In altre parole, nei rapporti di consumo, sotto l'incidenza dei principi che regolano il diritto di restituzione, il rischio per la perdita o il deterioramento del bene ricade sul professionista.

5. Il diritto del consumatore alla restituzione del prezzo

Nei rapporti di consumo, il diritto del consumatore alla restituzione del prezzo oggetto della compravendita elettronica si costituisce dopo l'estinzione del contratto risultante dall'esercizio dello *ius poenitendi*. Si tratta infatti di un diritto di credito basato sul diritto restitutorio, ma la cui nascita dipende dal previo scioglimento unilaterale del contratto attraverso l'esercizio dello *ius poenitendi*, che a sua volta è un diritto potestativo conferito esclusivamente al consumatore. Da un punto di vista strutturale, lo *ius poenitendi* e lo *ius restituendi* costituiscono rapporti giuridici distinti ma, da un punto di vista funzionale, formano un insieme unitario, nel quale il diritto di restituzione agisce come uno strumento che permette all'istituto dello *ius poenitendi* di raggiungere il suo scopo, che è quello di ripristinare lo *status quo ante* del consumatore garantendogli il diritto alla restituzione del prezzo.

⁴⁷⁵ Traduzione a cura dell'autore. Art. 240 Codice civile brasiliano: «*Se a coisa restituível se deteriorar sem culpa do devedor, recebê-la-á o credor, tal qual se ache, sem direito a indenização; se por culpa do devedor, observar-se-á o disposto no art. 239*».

⁴⁷⁶ COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*, cit., p. 153-154.

In questo contesto: a) il diritto del consumatore alla restituzione del prezzo sorge con lo scioglimento del contratto, dopo l'esercizio del diritto di recesso, ma la sua esigibilità dipende, nei casi in cui il bene è già stato consegnato al consumatore, dalla sua restituzione al professionista; b) il correlativo obbligo di rimborso del prezzo, allo stesso modo, sorge con l'estinzione del contratto, ma il professionista può esercitare il diritto di ritenzione se il bene non gli viene stato restituito dal consumatore. Pertanto, come riferito, l'obiettivo del consumatore, cioè il rimborso del prezzo pagato, dipenderà non solo dall'esercizio del diritto recesso in sé, ma anche dall'esatto adempimento dell'obbligo di restituire al professionista il bene ricevuto. Una volta che il consumatore ha dimostrato di aver restituito il bene al professionista, questo ha il dovere di rimborsare il prezzo pagato per i beni, che è il suo principale obbligo derivante dall'esercizio dello *ius poenitendi*⁴⁷⁷.

Il diritto del consumatore alla restituzione del prezzo si basa sul principio che vieta l'arricchimento senza causa, come stabilito dall'articolo 884 del Codice civile brasiliano. Si tratta, in effetti, di un'ipotesi ancorata all'art. 885 del Codice civile, poiché la restituzione del prezzo è dovuta non perché non c'è stata una causa che giustifica l'arricchimento del professionista, ma perché questa causa, cioè il contratto, è venuta meno per effetto dell'esercizio dello *ius poenitendi*. Il diritto al rimborso da parte del consumatore è previsto anche nel primo comma dell'art. 49 del Codice di difesa del consumatore, secondo il quale «se il consumatore esercita il diritto di pentimento (...) gli importi eventualmente pagati, a qualsiasi titolo, durante il termine di riflessione, saranno restituiti immediatamente, con rivalutazione monetaria».

Nel diritto comunitario, ai sensi dell'art. 13, paragrafo 1, della direttiva 2011/83/UE, «il professionista rimborsa tutti i pagamenti ricevuti dal consumatore,

⁴⁷⁷ ÁLVAREZ LATA, Natalia. *Artículo 107. Obligaciones y derechos del empresario en caso de desistimiento*, in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Editorial Aranzadi S/A, 2015, p. 1594: «La principal obligación para el empresario en esa nueva situación jurídica que se crea tras el desistimiento radica en el reembolso de las cantidades pagadas por el consumidor y usuario».

eventualmente comprensivi delle spese di consegna, senza indebito ritardo e comunque entro quattordici giorni dal giorno in cui è stato informato della decisione del consumatore di recedere dal contratto ai sensi dell'articolo 11» (art. 56, comma 1, c. cons. italiano; art. 107, paragrafo 1, TRLGDCU spagnolo). L'art. 13, paragrafo 1, comma 2, della direttiva 2011/83/UE prevede inoltre che il professionista esegue il rimborso utilizzando lo stesso mezzo di pagamento usato dal consumatore per la transazione iniziale, salvo che il consumatore abbia espressamente convenuto altrimenti, e a condizione che questi non debba sostenere alcun costo quale conseguenza del rimborso⁴⁷⁸. Nel diritto italiano, la disposizione sull'identità dei mezzi di pagamento iniziale e di rimborso è stata traspota *ipsis litteris* all'art. 56, comma 1, c. cons. D'altra parte, curiosamente questa regola specifica non è stata traspota nel TRLGDCU spagnolo. Tuttavia, come sottolinea Natalia Álvarez Lata, dato che l'interpretazione del diritto nazionale deve essere in linea con la direttiva, allo stesso modo della direttiva, salvo se convenuto altrimenti, il professionista deve eseguire il rimborso utilizzando lo stesso mezzo di pagamento usato dal consumatore per la transazione iniziale⁴⁷⁹.

Inoltre, il considerando 46 della direttiva 2011/83/UE dispone che il rimborso non dovrebbe avvenire mediante buoni, salvo che il consumatore abbia utilizzato buoni nella transazione iniziale o ne abbia espressamente accettato l'uso. Cioè, se

⁴⁷⁸ DÍAZ ALABART, Silvia; ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa. *Art. 13. Las obligaciones del comerciante en caso de desistimiento*, in DÍAZ ALABART, Silvia (dir); ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa (coord). *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*. Madrid: Editorial Reus, 2014, p. 320: «se establece una excepción a la regla general de identidad de medios de pago para desembolso inicial y reembolso, y dicha excepción consiste en que las partes, consumidor y empresario, acuerden un medio alternativo para el reembolso».

⁴⁷⁹ ÁLVAREZ LATA, Natalia. *Artículo 107. Obligaciones y derechos del empresario en caso de desistimiento*, cit., p. 1598: «Como es sabido, y se ha reforzado últimamente, cuando un Derecho nacional no traspone las reglas contenidas en una Directiva- más aún en los casos de armonización plena- la interpretación de ese Derecho nacional de conformidad con la Directiva en cuestión debe ser la solución. Siendo así, habrá que concluir que, en el desistimiento en los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil, la regla será que, en principio, el empresario ha de reembolsar el pago por el mismo medio que fue utilizado inicialmente por el consumidor. Ello salvo que se acuerde otro medio para realizar el reembolso con el consumidor que no suponga gastos para éste».

il pagamento è stato fatto in denaro, anche l'oggetto dell'obbligo di restituzione sarà in denaro. D'altra parte, se il pagamento è stato effettuato dal consumatore attraverso cessione di un credito, il professionista è obbligato a rimborsare il credito ricevuto. In questo senso, secondo Silvia Díaz Alabart e María Teresa Álvarez Moreno: «*el reembolso no debe efectuarse en bonos, a menos que el consumidor haya utilizado bonos para la transacción inicial o los haya aceptado expresamente*»⁴⁸⁰.

Per quanto riguarda il termine entro il quale il professionista deve rimborsare il consumatore, la abrogata direttiva 97/7/CE non specificava questa informazione. Di fronte a questa omissione del diritto comunitario, sia la legge italiana che quella spagnola hanno previsto un termine di 30 giorni per l'adempimento dell'obbligo di rimborso da parte del professionista⁴⁸¹. Con la sostituzione della direttiva 97/7/CE con la direttiva 2011/83/UE, una delle maggiori novità apportate è stata proprio l'armonizzazione del termine entro il quale il professionista deve procedere al rimborso del prezzo al consumatore: «senza indebito ritardo e comunque entro quattordici giorni dal giorno in cui è informato della decisione del consumatore di recedere dal contratto» (art. 13, paragrafo 1, direttiva 2011/83/UE; art. 56, comma 1. c. cons. italiano; art. 107, paragrafo 1, TRLGDCU spagnolo). Questa novità, oltre ad armonizzare nei paesi membri dell'Unione Europea il termine per il rimborso da

⁴⁸⁰ DÍAZ ALABART, Silvia; ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa. *Art. 13. Las obligaciones del comerciante em caso de desistimiento*, cit., p. 321.

⁴⁸¹ GARCÍA VICENTE, José Ramón; MINERO ALEJANDRE, Gemma. *Artículo 76. Devolución de las sumas percibidas por el empresario*, in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*. Navarra: Editorial Aranzadi S/A, 2015, p. 1010: «*En tercer lugar, el artículo 76 TRLGDCU fija un plazo máximo para el cumplimiento de la obligación de restitución por el empresario. Plazo que ha sido reformado por la Ley 3/2014, pasando de treinta a catorce días*». A sua volta, nel diritto italiano, si veda SALVI, Gabriele. *Art. 56. Obblighi del professionista nel caso di recesso*, cit., p. 56: «Rispetto alla previgente formulazione dell'art. 67, comma 4, cod. cons. il termine per la restituzione è stato sensibilmente ridotto (da trenta a quattordici giorni) e equiparato a quello per l'esercizio del recesso».

parte del professionista, lo allinea con quello dell'obbligo restitutorio del consumatore, che è di 14 giorni⁴⁸².

Il diritto al rimborso del consumatore, tuttavia, va sempre analizzato tenendo conto del diritto di ritenzione del professionista finché non abbia ricevuto il bene oppure finché il consumatore non abbia dimostrato di aver rispedito il bene (art. 13, paragrafo 3, direttiva 2011/83/UE; art. 56, comma 3, c. cons. italiano; art. 107, paragrafo 3, TRLGDCU spagnolo). Nel caso in questione, sciolto il contratto per l'esercizio dello *ius poenitendi*, si applica il principio secondo il quale «*cualquier parte puede reclamar la restitución de todo lo que ha transmitido en virtud del contrato, siempre que simultáneamente restituya todo lo que ha recibido en virtud del contrato*»⁴⁸³. Secondo quanto chiariscono Horst Eidenmüller *et alii*, questa regola ha due elementi: «(i) *cada parte puede reclamar la restitución de lo que se ha transmitido en virtud del contrato pero (ii) sólo puede hacerlo si está dispuesto a restituir todo lo que ha recibido en virtud del contrato*»⁴⁸⁴. Ciò significa che il diritto del consumatore al rimborso sarà incondizionato solo se il contratto viene sciolto prima della consegna dei beni al consumatore. Tuttavia, nel caso in cui i beni di consumo siano già stati consegnati al consumatore, il suo diritto di rimborso diventerà esigibile soltanto dopo la restituzione dei beni o finché il consumatore abbia dimostrato di avergli rispediti al professionista.

Nel diritto brasiliano, a sua volta, ai sensi del comma secondo dell'art. 49 del CDC: «Se il consumatore esercita il diritto di pentimento previsto in questo articolo, gli importi eventualmente pagati, a qualsiasi titolo, durante il periodo di riflessione, saranno restituiti immediatamente, con rivalutazione monetaria». Cioè, sul dovere

⁴⁸² GUZZARDI, Gaetano. Art. 56. *Obblighi del professionista nel caso di recesso*, in D'AMICO, Giovanni (a cura di). *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. Lgs. n. 21/2014*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2015, p. 232.

⁴⁸³ EIDENMÜLLER, Horst; FAUST, Florian; GRINGOLEIT, Hans Christoph; JENSEN, Nils; WAGNER, Gerhard; ZIMMERMANN, Reinhard. *Hacia una revisión del acquis de consumo*, cit., p. 142.

⁴⁸⁴ EIDENMÜLLER, Horst; FAUST, Florian; GRINGOLEIT, Hans Christoph; JENSEN, Nils; WAGNER, Gerhard; ZIMMERMANN, Reinhard. *Hacia una revisión del acquis de consumo*, cit., p. 142.

del professionista di rimborsare il prezzo al consumatore, si applica il principio di immediatezza. Il disegno di legge n. 3514/2015 non modifica la disposizione, per cui la restituzione al consumatore delle somme versate continuerà ad essere, anche a fronte dell'approvazione del disegno di legge, in forma immediata. Pertanto, secondo la legge brasiliana, una volta che il contratto è sciolto a causa dell'esercizio del diritto di recesso, sia l'obbligazione di rimborso del professionista che quella di restituzione del consumatore devono essere eseguiti immediatamente.

In sintesi, l'obbligazione di rimborso del professionista è regolata dal principio di identità di mezzi tra ciò che è stato pagato dal consumatore e ciò che deve essere rimborsato dal professionista. Dato che il prezzo pagato dal consumatore è un obbligo di dare una cosa non determinata, in cui il suo oggetto è determinato dal genere, quantità e qualità, si impone al professionista l'obbligo di restituire non le stesse cose, ma altre dello stesso genere, quantità e qualità. Così, se il prodotto è stato acquistato dal consumatore attraverso il pagamento di un prezzo, cioè una somma di denaro, il professionista è obbligato a rimborsare in denaro. D'altra parte, se il bene è stato acquistato con carta di credito, il fornitore è obbligato a rimborsare al consumatore il credito ricevuto. Allo stesso modo, se il bene è stato acquistato attraverso buoni, il professionista sarà obbligato a rimborsare il *bonus* al consumatore.

Infine, è importante notare che l'obiettivo perseguito dal consumatore quando esercita il diritto di recesso è quello di sciogliere il contratto per ottenere il rimborso dell'importo pagato per il prodotto. E che, inoltre, il raggiungimento di questo obiettivo dipende dal rispetto da parte del professionista dell'obbligo di rimborsare il consumatore. Non si può dimenticare che l'adempimento è definito come un atto di esecuzione volontaria dell'obbligazione, in questo caso, l'obbligazione di restituire la prestazione dovuta dal professionista. Ciò significa che, se il contratto è sciolto a causa dell'esercizio dello *ius poenitendi*, l'obiettivo del consumatore di recuperare il prezzo sarà immediatamente raggiunto solo se il professionista adempie volontariamente al suo obbligo di rimborsare il prezzo ricevuto. Pertanto, ai sensi dell'art. 389 del Codice civile, in caso di mancato rispetto da parte del

professionista dell'obbligo di rimborso del prezzo dovuto, al consumatore è garantito il diritto a indenizzazione delle perdite e dei danni.

6. Diritto alla restituzione delle spese accessorie di consegna

Nella compravendita elettronica di beni tangibili, vista la distanza tra consumatore e professionista, sorgono spesso obblighi accessori per il consumatore, corrispondenti alle spese di trasporto necessarie alla consegna del bene acquistato al suo domicilio o ad altro indirizzo da esso indicato. Questi costi di consegna del bene saranno presenti a meno che il professionista abbia offerto, come tecnica competitiva, la spedizione gratuita al consumatore. Così, nella vendita a distanza, l'onerosità o gratuità della consegna del prodotto al consumatore integra l'offerta del professionista. In questo contesto, quando si esercita lo *ius poenitendi*, si pone la questione di quale parte sosterrà le spese di invio dei beni al consumatore dopo lo scioglimento del contratto. Cioè, se il professionista, in occasione dell'esercizio del diritto di recesso, deve rimborsare al consumatore il costo di consegna dei beni. In questo paragrafo si realizzerà uno studio di diritto comparato su quale parte del rapporto di consumo, rispettivamente consumatore o professionista, deve sostenere le spese di consegna del bene, dopo lo scioglimento del contratto per l'esercizio dello *ius poenitendi*.

Nel diritto brasiliano, il comma secondo dell'art. 49 del CDC stabilisce che: «Se il consumatore esercita il diritto di pentimento previsto in questo articolo, gli importi pagati, a qualsiasi titolo, durante il periodo di riflessione, saranno restituiti». Il contenuto della disposizione legale è ampio, garantendo al consumatore il diritto al rimborso delle somme pagate «a qualsiasi titolo». Come si è visto, lo scioglimento del contratto a causa dell'esercizio del diritto di recesso garantisce al consumatore il diritto al rimborso del prezzo. Tuttavia, nella compravendita elettronica, tranne nell'ipotesi in cui la consegna del bene avviene gratuitamente, il

consumatore sostiene anche le spese di trasporto del bene acquistato. Da questa disposizione si capisce che, quando esercita il diritto di recesso, il consumatore ha diritto non solo al rimborso del prezzo pagato per il bene stesso, ma anche al rimborso delle spese accessorie di consegna di quel bene al suo domicilio o altro indirizzo da esso specificato. Questa norma è il risultato del principio di gratuità dello *ius poenitendi*, analizzato nel capitolo III, paragrafo 3, di questa tesi.

Sulla questione, Nelson Nery Junior, uno degli autori del progetto preliminare del CDC, afferma che: «le spese sostenute dal fornitore per consegnare al consumatore il prodotto o il servizio oggetto del contratto negoziato fuori dei locali commerciali, il suo rimborso fa parte del rischio dell'impresa»⁴⁸⁵. L'autore afferma inoltre che «il fornitore che sceglie pratiche commerciali più incisive, come la vendita a domicilio o attraverso il *marketing* diretto, cioè al di fuori dei locali commerciali, assume il rischio d'impresa, in modo che non abbia nulla da lamentarsi se il rapporto giuridico si rompe a causa del recesso del consumatore. Questa situazione di recesso e risoluzione del contratto di consumo è intrinseca ai negozi stabiliti attraverso questa pratica commerciale»⁴⁸⁶.

Nel diritto comunitario, la direttiva 97/7/CE prevedeva che: «le uniche spese eventualmente a carico del consumatore dovute all'esercizio del suo diritto di recesso sono le spese dirette di spedizione dei beni al mittente» (art. 6, paragrafi 1 e 2). In altre parole, le uniche spese sostenute dal consumatore dopo l'esercizio dello *ius poenitendi* erano quelle di restituzione del bene al professionista, con la conseguenza che, diversamente, erano rimborsabili quelle spese di consegna del

⁴⁸⁵ Traduzione a cura dell'autore, NERY JUNIOR, Nelson. *Capítulo VI: da proteção contratual*, cit., p. 569: «os encargos suportados pelo fornecedor para fazer chegar às mãos do consumidor o produto ou serviço contratado fora do estabelecimento comercial, seu ressarcimento fica por conta do risco negocial da empresa».

⁴⁸⁶ Traduzione a cura dell'autore, NERY JUNIOR, Nelson. *Capítulo VI: da proteção contratual*, cit., p. 569: «O fornecedor que opta por práticas comerciais mais incisivas, como as vendas em domicílio ou por marketing direto, isto é, fora do estabelecimento comercial, corre o risco do negócio, de modo que não tem nem do que reclamar se a relação jurídica é desfeita em virtude do arrependimento do consumidor. Essa situação de arrependimento e resolução do contrato de consumo é insita aos negócios estabelecidos mediante essa prática comercial».

bene al consumatore. Intorno a questo dispositivo, c'è il caso *Heinrich Heine*, giudicato dalla Corte Europea di Giustizia (15 aprile 2010 C-511/08-*Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH/ Verbraucherzentrale Nordrhein Westfalen eV.*). Il processo è stato proposto dalla *Verbraucherzentrale Nordrhein Westfalen eV.*, un'associazione di consumatori, contro l'azienda *Heinrich Heine* per il suo mancato rimborso ai consumatori, dopo il loro recesso, dell'importo di 4,95 euro pagato per la consegna dei beni.

La controversia riguarda l'interpretazione ed il recepimento dell'art. 6 della direttiva 97/7/CE nel diritto tedesco⁴⁸⁷. La formulazione dell'articolo lasciava dubbi sul fatto che «tali disposizioni riguardano unicamente spese risultanti dell'esercizio del diritto di recesso, con esclusione delle spese di consegna dei beni, che erano già state sostenute a momento del recesso»⁴⁸⁸, poiché in nessun punto della direttiva si faceva espressa menzione ai costi di consegna, ma soltanto ai costi di restituzione del bene, che sono a carico del consumatore. Nella sentenza della Corte di Giustizia è stato stabilito che: «L'art. n. 1, primo comma, seconda frase, e 2, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 maggio 1997, 97/7/CE, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale che consente al fornitore, nell'ambito di un contratto concluso a distanza, di addebitare le spese di consegna dei beni al consumatore qualora questi eserciti il suo diritto di recesso».

La direttiva 2011/83/UE, che sostituisce la 97/7/CE, ha rimediato alla sua lacuna prevedendo che, ai sensi del suo art. 13, il professionista «rimborsa tutti i pagamenti ricevuti dal consumatore, eventualmente comprensivi delle spese di consegna». Così, è stato espressamente stabilito che, se ci sono spese di consegna dei beni, anche queste devono essere rimborsate dal professionista. Il rimborso,

⁴⁸⁷ Sulla sentenza della Corte Europea di Giustizia 15 aprile 2010 C-511/08, si veda il commento MANGIARACINA, Livio. *La corte di giustizia, il recesso nel BGB e l'obbligo restitutorio relativo alle spese di consegna*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 4, 2011, p. 1207- 1226.

⁴⁸⁸ Corte Europea di Giustizia 15 aprile 2010 C-511/08- *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH/ Verbraucherzentrale Nordrhein Westfalen eV.*

inoltre, include, per esempio, eventuali costi di commissione⁴⁸⁹. La norma che prevede il dovere del professionista di rimborsare, oltre al prezzo pagato per il bene, il prezzo che il consumatore ha pagato per la sua consegna, si basa sul principio della gratuità dello *ius poenitendi*⁴⁹⁰. Il principio di *gratuità* del diritto di recesso, nel trasferire al professionista il costo delle spese di consegna del bene, garantisce l'efficacia dell'istituto, evitando che il consumatore desista di esercitare il diritto di recesso a causa del mancato rimborso di certe somme spese. La gratuità rende la ponderazione del consumatore, nelle parole di Gabriele Salvi, «economicamente neutra»⁴⁹¹.

Per quanto riguarda i costi relativi specificamente alla consegna del bene, il professionista, tuttavia, non è tenuto a rimborsare gli importi aggiuntivi/supplementari, qualora il consumatore abbia scelto espressamente un tipo di consegna diversa dal tipo meno costoso di consegna *standard* offerto dal professionista (art. 13, comma 2, direttiva 2011/83/UE). Va notato, però, che i costi supplementari saranno rimborsabili se, come sottolinea Natalia Alvarez Lata, la consegna ordinaria, «*por las razones que sean, no se ha ofrecido para ese contrato, y el consumidor sólo disponía de la modalidad costosa (...)*»⁴⁹². Si può immaginare il caso in cui il consumatore sceglie espressamente, tra altre opzioni la consegna più veloce e più costosa di quella *standard* offerta dal professionista. In questa situazione, la differenza di costo tra la consegna *standard* e quella più costosa sarà a carico del consumatore⁴⁹³. Nell'offerta di vendita, come sottolineano Silvia Díaz Alabart e María Álvarez Moreno, il professionista offre modalità ordinarie di spedizione del bene tenendo conto del possibile esercizio del diritto di recesso del

⁴⁸⁹ GUALDIERI, Maurizio; *Art. 56. Obblighi del professionista nel caso di recesso*, in GAMBINO, Alberto Maria; NAVA, Gilberto. *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 157.

⁴⁹⁰ GUZZARDI, Gaetano. *Art. 56, Obblighi del professionista nel caso di recesso*, cit., p. 231.

⁴⁹¹ SALVI, Gabriele. *Art. 56. Obblighi del professionista nel caso di recesso*, cit., p. 348.

⁴⁹² ÁLVAREZ LATA, Natalia. *Artículo 107. Obligaciones y derechos del empresario en caso de desistimiento TRLGDCU*, cit., p. 1595.

⁴⁹³ Considerando 46 della direttiva 2011/83/UE.

consumatore, per cui, secondo loro, il professionista non è obbligato a rimborsare le spese che superano la tariffa ordinaria⁴⁹⁴.

Nel diritto brasiliano, con la generica espressione «a qualsiasi titolo», l'art. 49 del CDC, non si fa alcuna distinzione tra il costo di consegna *standard* offerto dal professionista, e quelli derivanti dalla scelta del consumatore di una spedizione più veloce e costosa. Allo stesso modo, la dottrina e la giurisprudenza tacciono sull'aspetto relativo ai costi aggiuntivi derivanti dalla scelta del consumatore di un mezzo di spedizione diverso e più costoso rispetto al modo ordinario. Pertanto, è necessaria una nuova interpretazione dell'art. 49 del CDC, per colmare la lacuna esistente, tenendo conto del principio che vieta l'arricchimento senza causa. Ciò perché, come afferma Maurizio Gualdieri dal ristabilimento «dello *status quo* non potrebbe comunque derivare un arricchimento ingiustificato per una parte»⁴⁹⁵. Secondo Silvia Díaz Alabart e María Álvarez Moreno, se il consumatore «*opta (y solicita expresamente) una forma de entrega que por la razón que sea supone un mayor desembolso, es obvio que el comerciante no está obligado a reembolsar los gastos que excedan de la tarifa ordinaria, que definitivamente serán de cuenta del consumidor*»⁴⁹⁶.

Va notato, in questo contesto, che il dovere del consumatore di pagare la differenza dei costi della consegna più costosa non pregiudica il principio della gratuità del diritto di recesso. Sulla questione, Miguel Ángel Larrosa Amante spiega che «*el concepto de gratuidad debe ser modulado en un sentido no absoluto sino relativo, de tal manera que lo que no tiene que soportar el consumidor son gastos de ejercicio desproporcionados o que supongan una penalización real y efectiva o dificulten el propio ejercicio del derecho, sin perjuicio de tener que abonar unos gastos mínimos que, salvo pacto en contrario, no pueden recaer al empresario y*

⁴⁹⁴ DÍAZ ALABART, Silvia; ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa. *Art. 13. Las obligaciones del comerciante em caso de desistimiento*, cit., p. 322.

⁴⁹⁵ GUALDIERI, Maurizio; *Art. 56. Obblighi del professionista nel caso di recesso*, cit., p. 157.

⁴⁹⁶ DÍAZ ALABART, Silvia; ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa. *Art. 13. Las obligaciones del comerciante em caso de desistimiento*, cit., p. 322.

*que son una consecuencia de una obligación legal impuesta al propio consumidor»*⁴⁹⁷. In altre parole, il rimborso delle spese di consegna non può includere la differenza tra i costi aggiuntivi derivanti da una scelta espressa di spedizione differenziata da parte del consumatore, alla luce del principio che vieta l'arricchimento senza causa. Per questa ragione, l'art. 49 del CDC deve essere interpretato nel senso che sono rimborsabili le spese accessorie derivanti dalla spedizione ordinaria del bene, senza includere il margine risultante da una scelta di consegna differenziata.

In sintesi, il diritto del consumatore al rimborso delle spese accessorie di consegna del bene, dopo l'esercizio del diritto di recesso, nasce dalla natura di questo istituto e dal principio della gratuità dello *ius poenitendi*. L'efficacia dell'istituto dello *ius poenitendi* presuppone il ristabilimento dello *status quo* del consumatore, attraverso il rimborso non solo del prezzo del bene, ma anche delle spese accessorie, che comprendono i costi relativi alla consegna del bene. Inoltre, la garanzia dell'effettiva libertà di scelta del consumatore nell'esercizio dello *ius poenitendi* dipende dal trasferimento al professionista delle spese di consegna dei beni⁴⁹⁸, che rende la sua decisione «economicamente neutra»⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Sul principio della gratuità del diritto al recesso, si veda: LARROSA AMANTE, Miguel Ángel. *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, cit., p. 141-143: «Por un lado, la gratuidad implica la no penalización al consumidor por el ejercicio del derecho de desistimiento (...). Ahora bien, la gratuidad no implica la ausencia de todo gasto (...), pues es evidente que el consumidor deberá de asumir de forma personal los costes de la comunicación de su ejercicio al empresario (gastos de correos o fax para la remisión del documento de desistimiento, gastos de transporte del bien en caso de devolución del mismo, etc. (...)) Por ello el concepto de gratuidad debe ser modulado en un sentido no absoluto sino relativo, de tal manera que lo que no tiene que soportar el consumidor son gastos de ejercicio desproporcionados o que supongan una penalización real y efectiva o dificulten el propio ejercicio del derecho, sin perjuicio de tener que abonar unos gastos mínimos que, salvo pacto en contrario, no pueden recaer al empresario y que son una consecuencia de una obligación legal impuesta al propio consumidor».

⁴⁹⁸ TOMMASINI, Raffaele. *Codice del consumo e ius poenitendi*, cit., p. 285.

⁴⁹⁹ SALVI, Gabriele. *Art. 56. Obblighi del professionista nel caso di recesso*, cit., 2018, p. 348.

7. Spese di restituzione del bene

Come riferito, dal momento in cui il contratto di compravendita è estinto per l'esercizio dello *ius poenitendi*, il rapporto tra il professionista e il consumatore è soggetto alla disciplina del diritto restitutorio. Nel Codice di difesa del consumatore brasiliano, come si è visto nel paragrafo 2 di questo capitolo, mancano le norme che regolano l'istituto dello *ius poenitendi* in relazione alle obbligazioni restitutorie del consumatore, in modo che sono applicate in via sussidiaria le norme relative al diritto restitutorio contenute nel Codice civile. Si conclude, quindi, che dopo l'esercizio dello *ius poenitendi*, nel caso di estinzione della compravendita di beni tangibili, il consumatore deve procedere alla restituzione del bene al professionista. Da questa obbligazione del consumatore di restituzione del bene, tenendo conto la distanza tra le parti contraenti, sorgono costi di spedizione, sollevando la questione di quale parte, il consumatore o il professionista, debba sostenere i costi aggiuntivi di restituzione del bene⁵⁰⁰.

Nel diritto brasiliano, la questione è stata affrontata in modo passionale e arbitrario, senza una adeguata distinzione tra i costi di consegna e di restituzione del bene. A partire delle disposizioni dell'art. 49 del CDC, secondo il quale «se il consumatore esercita il diritto di pentimento previsto in questo articolo, gli importi eventualmente pagati, a qualsiasi titolo, durante il periodo di riflessione, saranno restituiti», la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza hanno interpretato nel senso che il consumatore deve essere rimborsato, oltre che degli importi pagati per i beni, del costo totale dei servizi postali o di trasporto, senza alcuna eccezione⁵⁰¹. L'ampia

⁵⁰⁰ DÍAZ ALABART, Silvia; ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa. *Art. 14. Obligaciones del consumidor en caso de desistimiento*, cit., p. 315: «a) Con respecto a los gastos generados por la entrega y la devolución, parecen circunscribirse a los contratos sobre bienes. En cuanto a dichos costes, se distingue entre los de entrega (que, en principio, corresponden al comerciante, por lo que deberá reintegrarlos al consumidor), de aquellos relativos a la devolución de los bienes, que puede asumir en determinados casos el comerciante».

⁵⁰¹ Cfr. MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*, cit., p. 378: «Uma questão de enorme repercussão prática quanto ao exercício do direito de arrependimento, contudo, diz respeito ao modo como deverá ser realizado. Isto porque não é incomum que fornecedores de produtos ou

applicazione dell'espressione «a qualsiasi titolo» è stata analizzata in una decisione del Tribunale Superiore di Giustizia, nel ricorso speciale n. 1.340.604-RJ (2012/0141690-8), tra lo *Stato di Rio de Janeiro e TV Sky Shop S/A*, sulla legalità della multa inflitta a *TV Sky Shop S/A* «a seguito di reclami presentati dai consumatori, per il fatto che esisteva una clausola contrattuale che riteneva il consumatore responsabile delle spese con il servizio postale derivanti dalla devoluzione del prodotto».

Il ministro Mauro Campbell Marques ha dichiarato che «tutti i costi sostenuti dal consumatore devono essere rimborsati, tornando allo *status quo ante*» e che «le eventuali perdite affrontate dal fornitore in questo tipo di contrattazione sono inerenti alla modalità di vendita aggressiva al di fuori dei locali commerciali (*internet*, telefono, casa). Accettare il contrario significa creare una limitazione al diritto al recesso che non è prevista dalla legge, oltre a scoraggiare questo tipo di commercio che è così comune al giorno d'oggi». È stato accolto all'unanimità l'appello di *TV Sky Shop S/A*. Così, secondo l'interpretazione del Tribunale Superiore di Giustizia, ai sensi dell'art. 49 del CDC, nel caso in cui il consumatore esercita il diritto di recesso, tutte le somme da esso spese devono essere rimborsate, comprese quelle relative al costo della restituzione dei beni. Accade che, diversamente, il disposto dell'art. 49 si riferisce esclusivamente ai diritti di rimborso del consumatore, con completa omissione rispetto alla disciplina sulle obbligazioni restitutorie del consumatore, derivanti dalla estinzione del contratto, che comprendono, oltre all'obbligo principale di devoluzione del prodotto, le obbligazioni accessorie relative ai costi della sua devoluzione al professionista.

Nel diritto comunitario, invece, l'art. 14 della direttiva 2011/83/UE, che contempla la disciplina delle obbligazioni restitutorie del consumatore derivanti

serviços condicionem a desistência do contrato a providências a cargo do consumidor que, em geral, representam novos custos, e o desestímulo ao exercício do direito de arrependimento. É o caso, da necessidade de reenvio do produto ao fornecedor, com a imputação dos custos desta providência ao consumidor»; KLEE, Antônia Espíndola Longoni. Comércio Eletrônico, cit.: «Entende-se que o fornecedor deve arcar com os custos de devolução, para não desencorajar o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor».

dall'esercizio dello *ius poenitendi*, prevede che il consumatore sopporta «il costo diretto della restituzione dei beni, purché il professionista non abbia concordato di sostenerlo o abbia omesso di informare il consumatore che tale costo è a carico del consumatore» (art. 57, comma 1, c. cons. italiano; art. 108, paragrafo 1, TRLGDCU spagnolo). L'imposizione al consumatore del costo della restituzione dei beni è criticata da parte della dottrina europea, in quanto tale disposizione sarebbe dannosa per il consumatore⁵⁰² e violerebbe il principio della gratuità dello *ius poenitendi*. Spiega Maurizio Gualdieri, tuttavia, che tale disposizione non pregiudica il principio della gratuità dello *ius poenitendi* poiché «dal ripristino dello status quo non potrebbe comunque derivare un arricchimento ingiustificato per una parte»⁵⁰³.

Nel diritto europeo, una volta che il contratto è stato sciolto a causa dell'esercizio del diritto di recesso, si applica il principio che «*cada parte soporta los costes de devolución de lo que ha recibido*»⁵⁰⁴. Cioè, «*aunque no se pueda penalizar por el ejercicio del derecho de desistimiento, ello no significa que el consumidor no tenga que pagar ningún tipo de gasto, pues está claro que los gastos de devolución del bien son de su cuenta*»⁵⁰⁵. Così, mentre il professionista sostiene

⁵⁰² ÁLVAREZ LATA, Natalia. *Artículo 107. Obligaciones y derechos del empresario en caso de desistimiento*, cit., p. 1595: «No obstante, hay que tener en cuenta que si bien el empresario ha de devolver los costes de entrega, el consumidor, para ejercitar su derecho, ha de asumir, por lo general, los costes de devolución de los bienes, por lo que al final no se puede entender que la regla beneficia al consumidor, sino más bien al contrario».

⁵⁰³ GUALDIERI, Maurizio; *Art. 56*, cit., p. 157: «La «pienezza» rimarca una essenziale gratuità del recesso. L'onere dei costi di restituzione non altererebbe tale connotato, poiché non costituisce un'indennità per l'esercizio del recesso, ma il contenuto della corrispettiva obbligazione restitutoria, che il legislatore pone a carico del consumatore, poiché dal ripristino dello *status quo* non potrebbe comunque derivare un arricchimento ingiustificato per una parte. L'onere non rappresenta un *vulnus* alla libertà del contraente debole perché la riconsegna deriva dallo scambio di utilità avvenuto prima del recesso e il relativo costo è neutralizzato dal rimborso delle spese di consegna, di norma a carico del professionista. Le spese «supplementari» costituiscono un'applicazione della regola comunitaria di "equo bilanciamento" degli interessi in gioco e la distribuzione sul consumatore è giustificata dalla scelta a monte di una spedizione più costosa».

⁵⁰⁴ EIDENMÜLLER, Horst; FAUST, Florian; GRINGOLEIT, Hans Christoph; JENSEN, Nils; WAGNER, Gerhard; ZIMMERMANN, Reinhard. *Hacia una revisión del *acquis de consumo**, cit., p. 144.

⁵⁰⁵ DOMÍNGUEZ LLUELMO, Andrés. *Derecho de desistimiento*, cit., p. 225.

il costo del bene e della sua consegna, che saranno rimborsati al consumatore, condizione per il ritorno allo *status quo*, il consumatore sostiene i costi di restituzione del bene, considerati come valori ordinari⁵⁰⁶. Attraverso la distribuzione dei doveri attribuiti al consumatore e al professionista, il legislatore europeo intende, allo stesso tempo, non scoraggiare il consumatore dalla possibilità di recedere e, d'altra parte, evitare circostanze favorevoli all'abuso di diritti a svantaggio del professionista⁵⁰⁷.

Va notato, tuttavia, che il consumatore deve essere informato in anticipo, al momento della formazione del contratto, circa il suo onere di sostenere le spese di restituzione dei beni, altrimenti il professionista dovrà sostenerle, come forma di sanzione per la violazione del dovere di informazione⁵⁰⁸. D'altra parte, come strategia di competitività rispetto ad altre imprese, il professionista può, come esercizio di autonomia privata, decidere di sostenere l'intero costo, compreso quello della restituzione del bene⁵⁰⁹. In questa forma, in linea con la direttiva, il consumatore sarà responsabile delle spese di restituzione del bene, purché il professionista non abbia accettato di sostenerle o abbia omesso di informare il

⁵⁰⁶ BRAVO, Fabio. *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE: verso un codice europeo del consumo*, cit., p. 238.

⁵⁰⁷ CIMINO, Iacopo Pietro. *Art. 57. Obblighi del consumatore nel caso di recesso*, in GAMBINO, Alberto Maria; NAVA, Gilberto. *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 176: «Finalità dichiarata del riassetto arrecato dalla novella in commento è quella di regolare restituzioni e rimborsi in modo tale da scongiurare il rischio, da un lato, di dissuadere il consumatore dall'esercizio del diritto (di recesso) attribuitogli *ex lege*, dall'altro, di esporre il professionista ad abusi del diritto medesimo ad opera del consumatore».

⁵⁰⁸ DÍAZ ALABART, Silvia; ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa. *Artt. 13 e 14*, cit., 323 e 340: «*si el comerciante no hubiera informado al consumidor de su obligación de correr con los costes directos de la devolución, éste los soportará*»; «*a omisión de la información sobre quién corresponden los costes de devolución tiene como sanción el que tales costes no serán de cargo del consumidor, sino que pesarán sobre el comerciante*».

⁵⁰⁹ GUALDIERI, Maurizio; *Art. 56. Obblighi del professionista nel caso di recesso*, cit., p. 160; ÁLVAREZ LATA, Natalia. *Artículo 108. Obligaciones y responsabilidad del consumidor y usuario en caso de desistimiento*, cit., p. 1608: «*El otro supuesto en el que la regla general no se aplica (el consumidor no paga) será en el caso de que el empresario haya asumido los costes de la devolución (por ejemplo, como estrategia en campañas de ventas determinadas en las que se suelen exonerar de costes de envío y de devolución)*».

consumatore che è suo il dovere sostenerle. Ciononostante, questi obblighi restitutori delle prestazioni ricevute, dopo il recesso, ai sensi del considerando 47 della direttiva 2011/83/UE, non dovrebbero scoraggiare il consumatore dall'esercitare il proprio diritto di recesso.

Nel diritto brasiliano, con lo scopo di rimediare all'omissione del legislatore in relazione alle obbligazioni restitutorie del consumatore, il parlamentare Antonio Carlos Rodrigues, con l'assistenza del giurista Alexandre Junqueira Gomide, ha proposto un emendamento al disegno di legge n. 281 del 2012, prevedendo che «le spese di restituzione dei beni, derivanti dall'esercizio del diritto di recesso, sono a carico del consumatore, salvo diverso accordo» (art. 49, paragrafo 11, emendamento 27). Nel suo parere sull'emendamento 27, la Commissione temporanea per la modernizzazione del Codice di difesa del consumatore ha affermato che «l'imposizione di nuovi costi al consumatore può inibire l'esercizio di questo diritto di recesso». Tuttavia, secondo l'attuale redazione dell'art. 49 del CDC, «se il consumatore esercita il diritto di pentimento previsto in questo articolo, gli importi eventualmente pagati, a qualsiasi titolo, durante il periodo di riflessione, saranno restituiti». Come accennato, l'articolo fa riferimento agli importi pagati nel periodo del termine di riflessione, e non ai costi successivi derivanti dai doveri di restitutori del consumatore. Così, dall'attenta lettura dell'art. 49 del CDC, si deduce che gli importi eventualmente pagati al momento del periodo di riflessione, in altre parole, il costo del bene e della sua consegna, saranno rimborsati al consumatore. Non è possibile concludere dalla lettura dell'articolo che gli importi pagati, a qualsiasi titolo, durante il periodo di riflessione, includano le spese di spedizione della restituzione del bene, perché si verificano dopo l'esercizio del diritto di recesso.

In sintesi, l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore determina l'estinzione del contratto e, di conseguenza, di tutte le obbligazioni che ne derivano. Ciò significa che, ai sensi dell'art. 49 del CDC, il professionista ha il dovere di rimborsare il prezzo e le spese di consegna del bene. Ma ciò non significa che, in virtù di questa disposizione legale, il professionista debba rimborsare al

consumatore il costo della restituzione del bene. Così, se non diversamente stipulato, spetta al consumatore restituire il bene al professionista e, allo stesso modo, l'onere del costo di tale restituzione.

Non si può dimenticare che, una volta che il contratto è sciolto a causa dell'esercizio dello *ius poenitendi*, la situazione giuridica esistente tra il professionista e il consumatore è regolata dal diritto restitutorio, sotto l'incidenza del principio che vieta l'arricchimento senza causa. E, in virtù dell'applicazione del diritto restitutorio, e del principio che vieta l'arricchimento senza causa, non è ammissibile che, salvo disposizioni contrarie, qualcuno risparmi il pagamento delle spese a scapito di un altro⁵¹⁰. Tuttavia, tenendo conto del principio di buona fede, è dovere del professionista informare, in caso di esercizio del diritto di recesso, che le spese di restituzione dei beni sono a carico del consumatore. In altre parole, soltanto in quelle ipotesi in cui si verifica l'omissione del dovere di informare, il professionista dovrebbe sostenere anche i costi di restituzione del bene.

⁵¹⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Sistema de derecho civil. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. Vol. II (tomo 2), cit., p. 302.

CONCLUSIONES

En el alba del siglo XXI, la difusión de la tecnología de la *internet* revolucionó los medios de comunicación a distancia y la interacción entre los individuos. Los consumidores, que hasta entonces eran sujetos pasivos de los medios de comunicación, como sucede con la televisión, la radio y los periódicos, se transformaron en sujetos activos, capaces de manifestar sus pensamientos e, incluso, de celebrar contratos a través de la «*world wide web*». Siempre estuvo presente, en el transcurso de la evolución humana, un fuerte vínculo entre derecho y tecnología. En este exacto momento, en el que se observan grandes transformaciones que contribuyeron a que la forma electrónica de contratación se expandiera, es sumamente importante la renovación de la dogmática jurídica que se ocupa del derecho de los contratos en las relaciones de consumo. La presente investigación fue desarrollada justamente con el objetivo de adaptar el derecho brasileño de los contratos en las relaciones de consumo a la nueva realidad tecnológica de la *internet*. Para lograr dicho objetivo, considerando que el trabajo fue realizado por la autora como alumna del Doctorado Internacional de Derecho del Consumidor en la Università degli Studi di Perugia y la Universidad de Salamanca, la tesis ha sido desarrollada comparando el derecho brasileño con el derecho comunitario, en especial los ordenamientos jurídicos italiano y español.

En el derecho brasileño, en el momento en que se consolidó el comercio a través de la *internet*, el Código de Defensa del Consumidor, que ya estaba en vigor hace más de 10 años, naturalmente no había previsto la revolución tecnológica que vendría, por lo que es necesario adaptar el derecho vigente a la nueva realidad. Pasados 30 años de vigencia del CDC, a pesar de la exponencial difusión entre los consumidores de la contratación electrónica, aún persiste una carencia en cuanto a la tutela del consumidor en el comercio electrónico. Lo que sucede es que la contratación electrónica tiene particularidades, diferentes de la tradicional contratación entre presentes e incluso de aquella a distancia a través de cartas y

teléfono, motivo por el cual el consumidor brasileño se encuentra desprotegido en el ámbito virtual.

Más recientemente, el legislador comunitario publicó la Directiva 2011/83/UE, con el objetivo de actualizar las normas de derecho europeo, principalmente en lo relativo a la contratación a distancia, como aquella vía *internet*, y el derecho de desistimiento del consumidor. Naturalmente, estas normas confluyeron al derecho italiano, a través del decreto legislativo n. 21/2014, y al derecho español, a través de la ley n. 3/2014. Siguiendo la tendencia de adecuación de las normas de tutela del consumidor a la realidad de las nuevas tecnologías, desde 2012 tramita en el Congreso Nacional brasileño el PLS n. 281, actualmente bajo el n. 3514/2015, cuyo principal objetivo es actualizar el Código de Defensa del Consumidor con respecto a la contratación electrónica. A lo largo del trabajo, con la finalidad de contribuir a la formación del derecho brasileño, se llevó a cabo un análisis crítico del PL n. 3514/2015, inspirada en el derecho comunitario y su incorporación al derecho italiano y español. La presente tesis, que tiene por objeto la compraventa electrónica en las relaciones de consumo, fue dividida en cuatro capítulos.

El primer capítulo, titulado «La compraventa en plural y la tutela del consumidor», introduce la tesis de fondo que está presente en todo el trabajo, a partir de la cual se concluye que la «compraventa electrónica de consumo» constituye una categoría autónoma de compraventa. Inicialmente se ha verificado que, en las relaciones de consumo, la compraventa tiene características de naturaleza subjetiva y objetiva que la vuelven un contrato singular, distinto de las demás compraventas. Además, incluso dentro del propio microsistema de derecho del consumidor, se observa la existencia de distintos tipos de compraventa, diferentes entre sí, como la venta «en el establecimiento mercantil», la venta «fuera del establecimiento mercantil», la venta «a distancia», la «venta nacional», la «venta internacional», la venta de «bienes materiales», la venta de «bienes inmateriales», la venta «telefónica», entre diversas otras.

En este contexto, se demostró que la compraventa electrónica de consumo, a pesar de tener convergencias con la tradicional compraventa del Código Civil,

constituye un nuevo tipo de contrato de compraventa, dotado de características particulares que la distinguen de las demás. La primera característica particular de la compraventa electrónica de consumo tiene que ver con sus sujetos. Mientras que la compraventa tradicional supone la igualdad entre el comprador y el vendedor, en la compraventa de consumo se observa un profundo desequilibrio entre los contratantes, debido, principalmente, a la asimetría informativa. El desequilibrio contractual deriva, además, de la asimetría de poder contractual entre profesional y consumidor, considerando la elaboración de contratos de adhesión, que son instrumentos que hacen posible la contratación en masa. Con respecto al contrato de adhesión, el consumidor no tiene margen de negociación, por lo que puede tan solo aceptar o rechazar la oferta del profesional. La verificación de este estructural desequilibrio contractual ha generado la necesidad de creación de microsistemas de tutela del consumidor, fuera del Código Civil, que permitan tutelar específicamente al contratante débil. En este contexto, la compraventa electrónica de consumo está regida por las normas de protección del consumidor.

En el segundo capítulo, titulado «La compraventa electrónica de consumo», fueron abordadas ulteriores características que distinguen la compraventa electrónica de consumo de las demás compraventas. Una de las más sobresalientes es la formación del contrato a través de la *internet*. Los contratos vía *internet* pueden celebrarse tanto por *e-mail* como a través de páginas *web*. A pesar de ello, la modalidad de contratación que se volvió preponderante en el *e-commerce* es la que ocurre a través de páginas *web* y plataformas digitales. Tanto los contratos celebrados a través de páginas *web* como aquellos a través de plataformas digitales son conocidos como «*point and click agreements*», en referencia al movimiento del ratón de apuntar y clicar en «botones telemáticos», «íconos» y «imágenes» del sitio durante la formación del contrato. La compraventa a través de páginas *web* fue revolucionaria, pues, a diferencia de la que ocurre por correo electrónico, permitió la formación de contratos entre personas ausentes físicamente, o sea, entre personas distantes, como se fuera «entre presentes». Esto sucede porque la compraventa electrónica permite una interacción instantánea entre profesional y consumidor, de

modo que la aceptación y su recepción se funden en el tiempo. De esta forma, a pesar de ser un contrato celebrado entre personas distantes, la contratación en páginas *web* está sometida al régimen jurídico de la contratación entre presentes.

Partiendo de este supuesto, se revela un problema clasificatorio, tanto en el Código de Defensa del Consumidor brasileño, como en la doctrina y jurisprudencia, sobre la definición de contratación «a distancia». De acuerdo con el art. 49 del CDC, el consumidor podrá extinguir el contrato unilateralmente mediante el ejercicio del derecho de desistimiento siempre que sea celebrado «fuera del establecimiento mercantil», «especialmente por teléfono o a domicilio». Sucede que la contratación por teléfono simplemente no es una contratación fuera del establecimiento mercantil, sino a distancia. Con base en este artículo, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria brasileña, en analogía con la contratación telefónica, consideran equivocadamente que la contratación electrónica es un contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil. Con la tramitación del Proyecto de ley n. 3514/2015, surgió la oportunidad de que el legislador brasileño alterara y perfeccionara la redacción del art. 49 del CDC, para adaptarlo a la nueva realidad de la contratación electrónica.

Sucede que, a través del Proyecto de ley n. 3514/2015, la redacción del art. 49 del CDC fue alterada y, en su parágrafo 2º, se incluyó el concepto según el cual la contratación «fuera del establecimiento mercantil» sería un tipo de contratación «a distancia». De esta forma, con el objetivo de perfeccionar y corregir el contenido del art. 49 del CDC, el legislador brasileño terminó cometiendo otro error. Tal como lo demuestra el capítulo II de la presente tesis, el contrato electrónico simplemente no es un contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil, sino un contrato celebrado a distancia. La indistinción entre género y especie de contratos a distancia y aquellos negociados fuera del establecimiento mercantil, sometidos al mismo régimen jurídico, dificulta la comprensión y la aplicación del art. 49 del CDC vigente, y el correcto encuadramiento jurídico de los contratos electrónicos como tipos de contratos celebrados a distancia. Esto sucede porque el consumidor merece una tutela específica en la contratación electrónica, debido a sus diversas

particularidades, tan diferentes de la contratación fuera del establecimiento mercantil. En este contexto se justifica el ejercicio doctrinario de la presente tesis a fin de distinguir la compraventa electrónica de consumo de las demás compraventas, con el objetivo de ofrecer una mejor tutela al consumidor que compra a través de la *internet*.

Otra característica que distingue la compraventa electrónica de consumo de los demás tipos de compraventa es justamente su forma electrónica. Conforme analizado a lo largo del capítulo II, sección 2, la palabra «forma» es polisémica y tiene al menos tres significados. La «forma electrónica» del contrato se refiere al significado más amplio de «forma», o sea, de medio por el cual las manifestaciones de la voluntad se exteriorizan. Por esta razón, el significado del término «forma», en la compraventa de consumo bajo la forma electrónica no se refiere a la forma *ad substantiam*, como requisito de validez del negocio jurídico, sino al modo de exteriorización de la voluntad de las partes. En este contexto, la compraventa de consumo bajo la forma electrónica es un contrato consensual, no solemne, con forma *ad probationem*.

Con respecto a la forma, adquiere especial relevancia el tema relativo al llamado «formalismo informativo», «formalismo de protección», «forma-contenido», «forma-módulo» o «neoformalismo», objeto de estudio en el capítulo II, sección 4. El formalismo informativo, en las relaciones de consumo, puede ser definido como un conjunto de deberes de información previstos en ley que se imponen al profesional, y que integran el contrato de consumo. Esta nueva función de la forma, que hace que sea obligatorio un contenido mínimo en el contrato, tiene como objetivo una tutela más amplia del contratante débil. Los contratos electrónicos de consumo tienen, tal como ya se ha expuesto a lo largo de la tesis, un formalismo informativo específico, más allá del que está previsto en los contratos de consumo en general, considerando que el consumidor que contrata a través de la *internet* está expuesto a específicas técnicas agresivas de contratación. El formalismo informativo es, al lado del derecho de desistimiento, una de las principales técnicas utilizadas por el legislador para tutelar el contratante débil.

Otra característica que distingue la compraventa electrónica de consumo de los demás tipos de compraventa es justamente el modo de adhesión y aceptación del contrato. En la compraventa electrónica en páginas *web*, a través del sistema *point and click*, la propuesta formulada por el profesional ocurre siempre de forma expresa. La aceptación por parte del consumidor, diversamente, puede ser tanto expresa como tácita. La aceptación del consumidor será expresa cuando, en la oferta formulada por el profesional, esté disponible un «botón virtual final» cuyo accionamiento, por sí solo, permite que el consumidor concluya el contrato. En el capítulo II, sección 5 de la presente tesis quedó demostrado que esta aceptación del consumidor a través del simple «*click*» en el «botón virtual final», considerando la ampliación del concepto de «firma electrónica» por los legisladores comunitario y brasileño, constituye una aceptación expresa mediante «firma electrónica simple». La aceptación tácita en páginas *web*, a su vez, ocurre cuando, para celebrar el contrato telemático, el profesional exige la inclusión de los datos de la tarjeta de crédito del consumidor, o sea, un «*comportamento concludente*» de «*accettazione mediante esecuzione della prestazione*». La clasificación de la aceptación del consumidor como expresa o tácita dependerá de la arquitectura de la página *web* utilizada por el profesional.

El modelo de aceptación del contrato en páginas *web* por el sistema *point and click* es objeto de crítica por gran parte de la doctrina, que opina que se trataría de un contrato «deshumanizado». En este sentido, Natalino Irti y Luis Ricardo Lorenzetti están de acuerdo con la tesis según la cual los intercambios económicos a través de la *internet* ocurren sin la verdadera aceptación por parte del consumidor. Tal como se demuestra en el capítulo II, sección 7, a pesar de estos factores inherentes al comercio electrónico, que causan mayor desequilibrio entre consumidor y profesional, no es posible considerar que se tratan de contratos «deshumanizados» al punto de imaginar que no haya un acuerdo de voluntad entre los contratantes. La aceptación del consumidor a través de páginas *web*, sea tácita o expresa, se trata de un nuevo tipo legítimo de manifestación de voluntad, inherente a la contratación a través de la *internet*, que conyuga palabras, símbolos,

íconos e imágenes. Con la aceptación del consumidor a través del *point and click*, el contrato electrónico se considera celebrado.

El tercer capítulo de la tesis ha sido dedicado al instituto del derecho de desistimiento en la compraventa electrónica de consumo, característica distintiva más relevante de este tipo autónomo de compraventa. El derecho de desistimiento fue una de las grandes innovaciones introducidas en el derecho comunitario, italiano, español y también brasileño en la contratación de consumo a distancia, y consistente en la posibilidad del consumidor de, dentro de determinado período, extinguir unilateralmente el contrato, sin la necesidad de indicar motivación. La introducción, dentro de los microsistemas de tutela del consumidor, de una modalidad de extinción unilateral *ex lege* del contrato, dedicado a la tutela específica del consumidor que contrata a distancia, constituyó una iniciativa revolucionaria por parte de estos legisladores, representando el distanciamiento del principio *pacta sunt servanda*, consolidado en el derecho civil. Para proteger al consumidor, el derecho de desistimiento aísla algunas de las reglas tradicionales de los Códigos Civiles.

El derecho de desistimiento, en los contratos electrónicos de consumo, como también en los demás contratos celebrados a distancia, fue introducido en la legislación considerando la agresividad intrínseca a esa modalidad de conclusión contractual. Como ha sido estudiado en el primer capítulo de la presente tesis, a diferencia de lo que sucede en la contratación fuera del establecimiento mercantil, en la compraventa a distancia el consumidor no tiene acceso físico al bien que el profesional ofrece, por lo que no tiene la oportunidad de verificar sus verdaderas características y funcionalidades. La distancia entre el consumidor y el profesional, a su vez, dificulta la comunicación, y causa inseguridad entre los contratantes. La contratación a distancia vía *internet*, a través del sistema *point and click*, más allá de estos factores, es sumamente propicia a generar decisiones por impulso por parte del consumidor, sin que este haya podido reflexionar adecuadamente sobre la conveniencia del contrato. El derecho de desistimiento en la compraventa electrónica de consumo se trata, por lo tanto, de un «*spatium deliberandi*», o

«*cooling period*», dentro del cual el consumidor puede pensar sobre la compra, con la oportunidad de deshacer el vínculo contractual.

Con respecto al microsistema de derecho del consumidor, el *ius poenitendi* tiene carácter excepcional, por no ser aplicable a todos los contratos de consumo. No obstante, considerando los contratos electrónicos de consumo, que son contratos celebrados a distancia, el instituto asume carácter general. El derecho de desistimiento, en los contratos electrónicos, además, tiene una naturaleza transversal, no tipológica. Su característica transversal proviene del hecho de afectar a todos los contratos que, por celebrarse a distancia, colocan al consumidor en una posición de mayor debilidad. En este punto, se distingue de los demás derechos de desistimiento previstos en la legislación de consumo comunitaria, que afectan a determinados tipos contractuales, independientemente de la forma de conclusión contractual.

El *ius poenitendi* en la compraventa electrónica de consumo, debido a su carácter protector, es inderogable e irrenunciable. El derecho de desistimiento es, también, incondicionado, o sea, no se le pueden añadir condiciones además de las previstas en ley, con el objetivo de no obstar o desincentivar al consumidor a ejercerlo y así asegurar que, efectivamente, tenga libertad de decisión. Sobre este aspecto se destaca, en desacuerdo con parte de la doctrina brasileña, que el derecho de desistimiento no depende, incluso, de la efectiva devolución del bien por parte del consumidor al profesional. El incumplimiento de la obligación de restituir por parte del consumidor genera la imposibilidad de recuperar el precio pagado, en el plano del derecho restitutorio, en un momento posterior al ejercicio del derecho de desistimiento. La incondicionalidad del derecho de desistimiento también tiene como consecuencia su gratuidad, considerando que el ejercicio del *ius poenitendi* no puede condicionarse al pago de valor en dinero o a la penalización. Se enfatiza, sin embargo, que el principio de gratuidad del ejercicio del derecho de desistimiento no supone la inexistencia de todo y cualquier coste para el consumidor, como se ha demostrado en el sucesivo capítulo IV.

Los efectos del derecho de desistimiento, no obstante, dependen de su efectivo ejercicio por parte del consumidor. En el Proyecto de Ley n. 3514/15, con el objetivo de corregir las deficiencias del CDC, está prevista la inclusión, en el art. 49 del CDC, del párrafo 8º, según el que el profesional debe informar al consumidor los medios adecuados y eficaces para ejercer el derecho de desistimiento, en los que debe estar incluido, al menos, el mismo modo utilizado para la contratación. Tal como se ha visto, tanto en el derecho brasileño como en el derecho comunitario, italiano y español, se garantiza, en el ejercicio del derecho de desistimiento, la libertad de forma, como instrumento de tutela del consumidor. Por otro lado, se observa que, en el derecho brasileño, diferentemente de lo que sucede en el derecho comunitario, italiano y español, el profesional debe asegurarle al consumidor la posibilidad de ejercer el *ius poenitendi* por la misma forma en la que ocurrió la formación del contrato. En la compraventa electrónica de consumo, esto significa que el profesional debe garantizarse al consumidor la posibilidad de ejercer su derecho de desistimiento en la misma página *web* utilizada para celebrar el contrato.

Una ulterior característica del derecho de desistimiento es su temporalidad, que consiste en el período de tiempo dentro del cual el consumidor puede ejercerlo. Se observa que el CDC brasileño establece, inspirado en la Directiva 85/5/CEE, el exiguo espacio temporal de 7 días, a partir de la entrega del producto, para que el consumidor ejercite el *ius poenitendi*. En el derecho europeo, mientras tanto, hubo una evolución, a partir de la cual el plazo de 7 días inicialmente previsto en las Directivas fue ampliado a 14 días, a través de la Directiva 2011/83/UE. A pesar de la necesidad de readaptación del instituto del *ius poenitendi*, en virtud de la difusión de la contratación electrónica, en el Proyecto de Ley n. 3514/2015, el legislador decidió conservar el plazo de 7 días de desistimiento previsto en el actual CDC. Concluimos, sin embargo, que la brevedad de este plazo termina incidiendo en la eficacia del instituto del derecho de desistimiento en el derecho brasileño, motivo por el cual sería importante extenderlo, con el fin de ofrecer una mejor tutela al consumidor en la compraventa electrónica de consumo.

A pesar de el derecho de desistimiento ser un instituto aplicado, por lo general, a todas las compraventas electrónicas de consumo, los legisladores comunitario, italiano y español reconocen hipótesis en las que, debido a la naturaleza o circunstancia del bien, sería inapropiado conceder el derecho de desistimiento al consumidor (art. 16, Directiva 2011/83/UE; art. 59, C. Cons. italiano; art. 103 del TRLGDCU español). Esta inadecuación del *ius poenitendi* proviene de la imposibilidad de restablecer el *status quo ante*, tanto *ab origine*, debido a la naturaleza del bien, como *a posteriori*, teniendo en cuenta circunstancias supervenientes. Entre las hipótesis de exclusión del *ius poenitendi* se destacan los contratos de suministro de «bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados», «bienes que puedan deteriorarse o caducar con rapidez», «bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega», «prensa diaria, publicaciones periódicas o revistas», entre otros.

En el derecho brasileño, no obstante, no se establece ninguna excepción al derecho de desistimiento del consumidor, por lo que, en la tramitación del PL n. 3514/2015, se propuso la enmienda n. 26, con el propósito de incluir una lista de excepciones similar a aquella presente en la Directiva. A pesar de ello, la Comisión Temporal de Modernización del Código de Defensa del Consumidor no aceptó dicha enmienda. Lo que sucede es que, tal como se detalla en el capítulo III, sección 7, son hipótesis con respecto a las que el *ius poenitendi* simplemente no puede ser otorgado al consumidor sin causar enormes daños al profesional. No por otro motivo se observó, en la jurisprudencia brasileña, una serie de decisiones judiciales divergentes entre sí, sobre la posibilidad, o no, de que el consumidor ejerza el *ius poenitendi* en estas hipótesis. Sobre este particular, para garantizar la seguridad jurídica en la compraventa electrónica de consumo, y tomando en cuenta los daños causados como consecuencia de la imposibilidad de volver al *status quo ante* tras el ejercicio del *ius poenitendi*, concluimos que es necesario establecer, en el Código de Defensa del Consumidor, una lista de excepciones a su ejercicio.

El cuarto capítulo de la tesis, titulado «El *ius poenitendi* y el derecho restitutorio», es dedicado al espacio temporal que se verifica después del ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor. Como se ha visto, el fin último del derecho desistimiento, en la compraventa electrónica de consumo, es garantizar que el consumidor pueda recuperar el precio y los eventuales costes accesorios, extinguiendo unilateralmente el contrato. En la compraventa electrónica, en general, la conclusión del contrato está condicionada al pago del precio por parte del consumidor. Además, el *ius poenitendi*, muchas veces, será ejercido por el consumidor después del cumplimiento de la obligación de entrega del bien por parte del profesional. Esto sucede porque, cuando se trata del comercio electrónico indirecto, cuyo objeto es la entrega de bienes tangibles, el contacto directo del consumidor con el bien adquirido solamente ocurrirá después de su entrega. Por ese motivo, en virtud de la extinción del contrato por el ejercicio del *ius poenitendi*, nacen obligaciones restitutorias recíprocas, correspondientes a la devolución del bien por el consumidor y al reembolso del precio por el profesional, bajo el fundamento del principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa.

En el derecho brasileño, el CDC le garantiza al consumidor el derecho a la restitución del precio, pero es completamente omiso con respecto a las obligaciones restitutorias frente al profesional. Por otro lado, por más que incluya una norma que le garantice al consumidor el derecho al reembolso del precio, el contenido de la norma vigente genera dudas sobre su naturaleza jurídica. En la doctrina, asimismo, el análisis del problema a la luz del derecho restitutorio es prácticamente inexistente. En virtud de lo dispuesto en el art. 886, del Código Civil, ante la omisión en el CDC de una disciplina dedicada a reglamentar el derecho restitutorio, incide subsidiariamente en las relaciones de consumo el régimen de derecho común. Sin embargo, por ser un régimen general, carece de algunas normas que podrían asegurarle al consumidor una protección más efectiva en la etapa posterior a la extinción del contrato.

En el derecho europeo, por ejemplo, la Directiva 2011/83/UE garantizó en favor del consumidor el plazo de 14 días de calendario para que este pueda proceder

con la devolución del bien (art. 9, Directiva 2011/93/EU; art. 57 C.Cons. italiano; art. 108 TRLGDCU español). En el derecho brasileño, diversamente, en virtud de la influencia del régimen general de derecho restitutorio, incide, con respecto a la determinación del plazo para que el consumidor cumpla la obligación de devolución el bien, el principio de la inmediatez, presente en el art. 331 del Código Civil. Por lo tanto, la inclusión de una disciplina de derecho restitutorio en el CDC, que especifique el plazo razonable para el cumplimiento de la obligación de devolución del bien, sería sumamente beneficiosa, pues tendría la virtud de elidir la inseguridad jurídica generada por la interpretación y aplicación del principio de la inmediatez en el caso concreto.

Con el objetivo de suplir la carencia en el art. 49 del CDC, se propuso la enmienda n. 27 al PL n. 3514/2015, concediéndole al consumidor un plazo de 15 días para devolver el bien, a partir del ejercicio del *ius poenitendi*. No obstante, bajo el equivocado argumento de «prohibición de retroceso en tema de derecho fundamental», y de «no limitación o retroceso en los derechos que hoy ya existen en la legislación», la Comisión rechazó la propuesta. Sucede que, diversamente a lo referido por la Comisión, se concluye que la positivación de un plazo para la devolución del bien por parte del consumidor no representaría una limitación o retroceso, sino un significativo avance en la tutela del consumidor.

Debido a la omisión de una disciplina en el CDC dedicada al derecho restitutorio, otros aspectos, con potencial de obstaculizar el derecho de reembolso del consumidor, se rigen por el Código Civil, en la hipótesis de que no cumpla con su obligación de devolver el producto adquirido. Esto sucede porque, en virtud del principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa, el derecho del consumidor al reembolso depende del exacto cumplimiento de su obligación de devolver el bien, bajo la pena de verse comprometido, o por el derecho de retención del profesional, o mediante la compensación de la deuda restitutoria con el crédito del consumidor, o incluso, en caso de responsabilidad del consumidor por pérdida o deterioro del bien objeto de la obligación de devolución.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el derecho civil, no cualquier deterioro es capaz de generar la responsabilidad del consumidor. Es así porque la *ratio* del *ius poenitendi*, en la compra electrónica de bienes tangibles, es justamente la de garantizar que el consumidor pueda evaluar el bien adquirido, permitiéndole abrir embalajes para probar el producto. De esta forma, el coste del eventual deterioro del bien como resultado de la manipulación para verificar sus características y funcionamiento debe ser completamente soportado por el profesional. Por ese motivo, la Directiva 2011/83/EU establece expresamente, en su art. 14, párrafo 2, que el consumidor no es responsable por la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación de los mismos necesaria para establecer la naturaleza, las características y el funcionamiento, transfiriéndole al profesional el riesgo del deterioro resultante de la diligente manipulación del bien por parte del consumidor (art. 57, párrafo 2, C. Cons. italiano; art. 108, párrafo 2, TRLGDCU).

La omisión, en el CDC, de una disciplina que le asegure expresamente al consumidor el derecho de manipular el bien coloca en riesgo la efectividad del *ius poenitendi*, pues de esta resulta la incidencia de lo dispuesto en el art. 239 del Código Civil, transfiriendo a la doctrina y a la jurisprudencia la responsabilidad por construir una solución pautada por el principio de justicia y equidad. Se llega a la conclusión de que sería importante incluir, en el CDC, una disciplina que regule la obligación restitutoria del consumidor tras el ejercicio del *ius poenitendi*, con el objetivo de excluir su responsabilidad por la disminución de valor del bien resultante de una manipulación de los mismos necesaria para establecer la naturaleza, características o el funcionamiento.

La cuestión de la pérdida o deterioro del bien se vuelve más compleja cuando se trata de un caso fortuito o fuerza mayor. En este contexto, adquiere especial relevancia la definición sobre si la extinción del contrato a causa del ejercicio del *ius poenitendi* produce efectos *ex nunc* o *ex tunc*. Durante el análisis realizado en el capítulo IV, sección 4, de la presente tesis, llegamos a la conclusión de que, a la luz de los principios que rigen el derecho del consumidor, la eficacia extintiva

proveniente del ejercicio del *ius poenitendi* es retroactiva, o sea, *ex tunc*. De esta forma, cuando se ejerce el *ius poenitendi*, es como si la compraventa electrónica de consumo jamás se hubiera celebrado, con la consecuencia de que la propiedad del bien siempre perteneció al profesional. O sea, en las relaciones de consumo, bajo la incidencia de la conjunción de las normas de tutela del consumidor y de los principios que rigen el derecho restitutorio, el riesgo por la pérdida o deterioro del bien recae sobre el profesional.

Después que el consumidor comprueba que ha devuelto el bien objeto del *ius poenitendi* al profesional, surge, en su favor, el derecho a exigir el reembolso del precio pago, también con base en el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa. En esta hipótesis, el profesional debe reembolsar el precio al consumidor, considerando la cesación de la causa de la transferencia patrimonial. El derecho del consumidor al reembolso también está previsto en el párrafo segundo del art. 49 del Código de Defensa del Consumidor, según el cual «si el consumidor ejercita el derecho de desistimiento (...) los valores eventualmente pagados, a cualquier título, durante el plazo de reflexión, serán devueltos, inmediatamente, y monetariamente actualizados». Por lo tanto, en el derecho brasileño, una vez que se extingue el contrato por ejercicio del *ius poenitendi*, la obligación del profesional de reembolsar el consumidor es inmediata, teniendo en cuenta el derecho de retención hasta que el consumidor compruebe haber devuelto el bien.

En la compraventa electrónica de bienes corpóreos, teniendo en cuenta la distancia entre consumidor y profesional, surgen, con frecuencia, obligaciones accesorias del consumidor, correspondientes a los costes de transporte necesarios para la entrega del bien. En este contexto, tras el ejercicio del *ius poenitendi*, se plantea la cuestión sobre si estos costes de entrega del bien al consumidor son reembolsables. En el derecho brasileño, el párrafo segundo del art. 49 del CDC determina que: «cuando el consumidor ejercite el derecho de desistimiento previsto en este artículo, los valores que eventualmente haya pagado, a cualquier título, durante el plazo de reflexión, serán devueltos». El contenido del dispositivo legal es amplio, garantizándole al consumidor el derecho a la devolución de los valores

abonados «a cualquier título». A partir de esta disposición, se entiende que, con el ejercicio del *ius poenitendi*, el consumidor tiene derecho no solo a al reembolso del precio del bien, sino también al reembolso de los costes accesorios de su entrega. Esta norma tiene como base el principio de la gratuidad del derecho de desistimiento, y buscar garantizar la efectividad del instituto, haciendo que la decisión del consumidor sea económicamente neutra.

Se nota, sin embargo, que en el art. 49 del CDC no se hace ninguna distinción entre los costes ordinarios de entrega, y los costes adicionales, en caso de que el consumidor haya seleccionado expresamente una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria. En el derecho comunitario, italiano y español, está prevista una norma según la cual el profesional no estará obligado a reembolsar estos costes adicionales (art. 13, párrafo 2, Directiva 2011/83/UE; art. 56, párrafo 2, C. Cons. italiano; art. 107, párrafo 2, TRLGDCU español). O sea, salvo disposición contractual en contrario, no es reembolsable al consumidor la diferencia entre el coste ordinario y aquel extraordinario de entrega, cuando él expresamente lo haya elegido. Vale resaltar que el deber del consumidor de asumir la diferencia de los costes de la entrega más cara no perjudica el principio de la gratuidad del derecho de desistimiento. Como se ha estudiado a lo largo del capítulo IV, sección 6, el motivo del no reembolso de esos costes adicionales es el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa. Por esta razón, frente dicha omisión en el CDC, el art. 49 debe ser interpretado en el sentido de que sean reembolsables los costes accesorios de entrega ordinaria del bien, excepto el margen generado por una elección expresa, del consumidor, de una entrega diferenciada y más costosa.

En virtud de la extinción de la compraventa electrónica de consumo por el ejercicio del *ius poenitendi* surge, además, la cuestión relativa a cuál de las partes deberá asumir los costes de devolución del bien al profesional. Como referido, la norma presente en el art. 49 del CDC, según la cual los valores pagados «a cualquier título» por el consumidor, durante el plazo de reflexión, le serán restituidos por el profesional, fue mantenida en el Proyecto de Ley n. 3514/2015. Lo que sucede es

que, mediante una interpretación extensiva, la doctrina y jurisprudencia incluyen en la prestación debida por el profesional, además de las obligaciones de restituir los valores abonados «a cualquier título» en el período de reflexión, relativos al precio del bien y a los gastos y entrega, aquellos posteriores a este período, referentes a los costes de devolución del bien al profesional. Sin embargo, a partir de una atenta lectura de lo dispuesto en el art. 49 del CDC, se concluye que, diversamente, la norma allí prevista no incluye, además de los valores abonados a cualquier título por el consumidor durante el plazo de reflexión, los costes relativos a la devolución del bien. Es así porque, como se ha mencionado, se tratan de valores accesorios a la obligación del consumidor de restituir el bien, debidos solamente después de la extinción del contrato por el ejercicio del *ius poenitendi*.

En síntesis, los efectos de la reciente revolución tecnológica en las relaciones de consumo son significativos, determinando el surgimiento del comercio electrónico y de prácticas comerciales que demandan la necesidad de adaptar el derecho de los contratos a la nueva realidad. En el derecho comunitario, los reflejos de las nuevas tecnologías en las relaciones de consumo trajeron como resultado el esfuerzo del legislador para perfeccionar las normas de contratación a distancia, con especial referencia a aquella a través de la *internet*, en la Directiva 2011/83/UE, incorporadas en el derecho italiano a través del d. lgs. n. 21/2014, y en el derecho español, a través de la ley n. 3/2014. Además, la doctrina europea realizó una importante contribución para el desarrollo del derecho del consumidor en la Unión y en los sus países miembros. En el derecho brasileño, es evidente la inadecuación de la original redacción del CDC, vigente desde 1990, para la eficaz protección del consumidor que contrata a través de la *internet*, con respecto tanto a la distinción entre contratación a distancia y aquella fuera del establecimiento mercantil, hasta la completa omisión cuanto a los deberes específicos de información del profesional, además de las deficiencias relativas a la reglamentación del derecho de desistimiento y los efectos de su ejercicio por parte del consumidor. En este contexto, desde 2012 tramita el PL n. 281, hoy bajo el n. 3514/15, cuyo principal

objetivo es justamente adaptar el Código de Defensa del Consumidor a la contratación electrónica de consumo.

El Proyecto de ley n. 3514/15 presenta muchas innovaciones, principalmente cuanto a los deberes de información del profesional en la contratación a distancia. Sin embargo, presenta algunas deficiencias y omisiones que deberían haber sido corregidas, como la confusión del legislador entre las modalidades de contratación a distancia y fuera del establecimiento mercantil. Por otra parte, sería adecuada una reglamentación más detallada sobre el derecho de desistimiento y los efectos de su ejercicio, buscando garantizar un amparo más eficaz para el consumidor. Dentro de este marco se encuentra la importancia del análisis realizado en la presente tesis, con el objetivo de desarrollar la doctrina brasileña con respecto a la contratación electrónica de consumo y, posiblemente, contribuir en la elaboración de normas más eficaces y adecuadas.

BIBLIOGRAFÍA

ADAM, Roberto; TIZZANO, Antonio. *Manuale di Diritto dell'unione europea*. 2ª edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017. ISBN 978-88-921-1138-7.

AGUADO, Josep Llobet I. *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid: Marcial Pons, 1996. ISBN 84-7248-331-2.

ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. Roma: Editori Laterza, 2002. ISBN 88-420-6676-1.

ALPA, Guido. *Introduzione*, in ALPA, Guido (a cura di). *I contratti del consumatore*. Milano: Giuffrè Editore, 2014. ISBN 88-14-18726-6.

ALPA, Guido. *Status e capacità*. Roma: Editori Laterza, 1993. ISBN 9788842041436.

ALTMARK, Daniel Ricardo. *La etapa precontractual en los contratos informáticos*, in ALTMARK, Daniel Ricardo (director); BIELSA, Rafael A. (coordinador). *Informática y derecho. Aportes de doctrina internacional*. Volumen 1. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1987. ISBN 950-14-0414-5.

ÁLVAREZ LATA, Natalia. *Artículo 106. Ejercicio y efectos del derecho de desistimiento*, in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Editorial Aranzadi S/A, 2015. ISBN: 9788490981436.

ÁLVAREZ LATA, Natalia. *Artículo 107. Obligaciones y derechos del empresario en caso de desistimiento*, in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Editorial Aranzadi S/A, 2015. ISBN: 9788490981436.

ÁLVAREZ LATA, Natalia. *Artículo 108. Obligaciones y responsabilidad del consumidor y usuario en caso de desistimiento*, in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Editorial Aranzadi S/A, 2015. ISBN: 9788490981436.

ÁLVAREZ MORENO, María Teresa. *La contratación electrónica mediante plataformas en línea: modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*. Madrid: Editorial Reus, 2021. ISBN 978-84-290-2491-3.

ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina. *Perfección del contrato*. Barcelona: Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, 1989. ISBN 2070- 8157.

ALVIM, Agostinho. *Do enriquecimento sem causa*, in *Revista dos Tribunais*, jun/2011. ISSN: 0034-9275

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. 7ª edição. São Paulo: Renovar, 2008. ISBN: 9788571476998.

ARIAS POU, María. *Deber de información previa en la contratación electrónica por internet*, in *Diario La Ley*, n. 6689, 2007.

ARNAU RAVENTÓS, Lidia. *Imposibilidad de restituir la prestación y facultad de desistimiento*, in *Revista de Derecho Civil*, vol. I, no. 4, octubre-diciembre 2014, p. 261-265.

ARNAU RAVENTÓS, Lidia. *El plazo para desistir en los contratos con consumidores*, in *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, fasc. I, 2011. ISSN 0210-301X.

ATELLI, Massimiliano. *Il problema della sindacabilità della decisione di esercizio dello ius poenitendi attribuito «ex lege» al consumatore*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2001. ISSN 1123-1025.

AZEVEDO, Fernando Costa de; KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Considerações sobre a proteção dos consumidores no comércio eletrônico e o atual processo de atualização do Código de Defesa do Consumidor*, in *Revista de Direito do Consumidor*, 85, 2013, p. 209 a 260. ISSN 1415-7705.

BALDERAS BLANCO, Santi. *La eficiencia en la información precontractual sobre el derecho de desistimiento en contratos a distancia*, in *Diario La Ley*, n. 8394, 2014. ISSN 1989-6913.

BARCA, Alessandro. *Il Diritto di recesso nei contratti del consumatore*. Milano: Giuffrè Editore, 2011. ISBN 88-14-15666-2.

BARLOW, John Perry. *A Declaration of the Independence of Cyberspace*. 1996. Disponibile in <https://www.eff.org/cyberspace-independence>.

BATTELLI, Ettore. *I contratti a distanza e i contratti fuori dai locali commerciali*, in RECINTO, Giuseppe; MEZZASOMA, Lorenzo; CHERTI,

Stefano. *Diritti e tutele dei consumatori*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 203-259. ISBN 978-88-495-2893-0.

BATTELLI, Ettore. *I contratti del commercio online*, in RECINTO, Giuseppe; MEZZASOMA, Lorenzo; CHERTI, Stefano. *Diritti e tutele dei consumatori*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 387-422. ISBN 978-88-495-2893-0.

BRAVO, Fabio. *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE. Verso un codice europeo del consumo*. Milano: Giuffrè Editore, 2013. ISBN 88-14-18138-1.

BEDNARZ, Zofia. *Derecho de desistimiento en la contratación electrónica con consumidores: áreas problemáticas y posibilidades de mejora*, in *La Ley mercantil*, n. 42, 2017. ISSN 2341-4537.

BELLELLI, Alessandra. *Il principio di conformità tra proposta e accettazione*. Padova: CEDAM, 1992. ISBN 88-13-17803-4.

BELLELLI, Alessandra; PERUGINI, Sara. *Diritto dei consumi: Soggetti, atto, attività, enforcement*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2015. ISBN 978-88-921-0197-5.

BELUCHE RINCÓN, Iris. *El derecho de desistimiento del consumidor*. Valencia: Tirant lo blanch, 2009. ISBN 978-84-9876-492-5.

BENEDETTI, Alberto Maria. *Recesso del consumatore in Enciclopedia del Diritto*, Annali IV. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 957.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Artículo 3. Concepto de consumidor y usuario*, in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Editorial Aranzadi S/A, 2015. ISBN: 9788490981436.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Artículo 4. Concepto de empresario*, in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Editorial Aranzadi S/A, 2015. ISBN: 9788490981436.

BIANCA, Cesare Massimo. *Istituzioni di diritto privato*. Milano: Giuffrè Editore, 2014, ISBN 88-14-18180-2.

BIANCA, Cesare Massimo. *Il contratto*. Diritto civile. 3ª edizione. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019. ISBN 9788828808954.

BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra. *Noción de comercio electrónico*, in BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (coord.). *Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores*. Ed. Madrid: La Ley, 2001. ISBN 84-9725-158-X.

BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra. *Artículo 1. El mandato constitucional de protección a los consumidores y usuarios*, in LLAMAS POMBO, Eugenio (coordinador). *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*. Madrid: La Ley, 2005. ISBN 84-9725-603-4.

BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra. *Comentario de urgencia a la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y*

Usuarios y otras leyes complementarias, in *Diario La Ley*, n. 8301, 2014. ISSN 1989-6913.

BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra. *El nuevo texto refundido de consumidores y usuarios*, in *Diario La Ley*, n. 6990, 2008. ISSN 1989-6913.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

CAPO, Giovanni. *I contratti ad oggetto informatico*, in VALENTINO, DANIELA. *Manuale di Diritto dell'Informatica*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016. ISBN 978-88-495-3101-5.

CAPOBIANCO, Ernesto. *Impresa e contratto tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Il diritto dei consumi*, in PERLINGIERI, Pietro; CATERINI, Enrico (a cura di). *Il diritto dei consumi*. Vol. I. Rende: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. ISBN 88-89464-01-1.

CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín; POZO ARRANZ, María Asunción; RODRÍGUEZ DE CASTRO, Eduardo Pedro. *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*. 3 edición. Granada: Editorial Comares, 2000. ISBN 84-8444-199-7.

CARRASCO PERERA, Ángel. *Comentarios a la Ley 3/2014 de reforma de la LGDCU. Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa de consumo*, in *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 9/2014. ISSN 2254-2582.

CARVALHO, Jorge Morais. *Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais- As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto*

no Direito Português. Disponibile in: <https://cije.up.pt/pt/red/edicoes-antiores/venda-de-bens-de-consumo-e-fornecimento-de-conteudos-e-servicos-digitais-ndash-as-diretivas-2019771-e-2019770-e-o-seu-impacto-no-direito-portugues/>

CIACCI, Gianluigi. *Le fonti del diritto dell'informatica*, in VALENTINO, Daniela (coord). *Manuale di diritto dell'informatica*. 3ª edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 7-30. ISBN 978-88-495-3101-5.

CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. Milano: CEDAM, 1994, p. 1348. ISBN 88-13-17744-5.

CIMINO, Iacopo Pietro. *Art. 57. Obblighi del consumatore nel caso di recesso*, in GAMBINO, Alberto Maria; NAVA, Gilberto. *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014. ISBN 978-88-7524-291-6.

COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

D'AMICO, Giovanni. *La compravendita*, in *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del notariato*. Tomo I. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013. ISBN: 9788849525649.

DAWSON, Sandy; KIM, Minjeong. *External and internal trigger cues of impulse buying online*, in *Direct Marketing An International Journal*, 2009. Disponibile in: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/17505930910945714/full/html>

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. *Manual de derecho informático*. 11ª edición. Navarra: Aranzadi, 2015. ISBN: 9788490987520.

DE BONIS, Daniele. *Art. 63. Passaggio del rischio*, in GAMBINO, Alberto Maria; NAVA, Gilberto. *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 253- 261. ISBN 978-88-7524-291-6.

DE LUCCA, Newton. *Comércio eletrônico na perspectiva de atualização do CDC*, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. II, nº 3, setembro 2012. Curitiba: Bonijuris, p. 113-132. ISSN 2237-1168.

DELFINI, Francesco. *Forma Digitale, contratto e commercio elettronico*. Milano: UTET Giuridica, 2020. ISBN 9788859822486.

DELFINI, Francesco. *Documento informatico e firme elettroniche*, in VALENTINO, Daniela (coord). *Manuale di diritto dell'informatica*. Terza edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 191- 214. ISBN 978-88-495-3101-5.

DHOLAKIA, Ruby R. *Switching to electronic stores: consumer characteristics and the perception of shopping benefits*, in *International Journal of Retail & Distribution Management*, 2002.

DÍAZ ALABART, Silvia (dir); ÁLVAREZ MORENO, M. Teresa (coord). *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*. Madrid: Editorial Reus, 2014. ISBN 978-84-290-1774-8.

DÍAS OLIVEIRA, Elsa. *A Proteção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-1689-7.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado*. Madrid: Cuaderno Civitas, 1979. ISBN 9788473985246.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial I. Introducción teoría del contrato*. Sexta edición. Pamplona: Registradores de España, 2007. ISBN: 978-84-470-2665-4.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Sistema de derecho civil. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enrichimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. Vol. II (tomo 2). Undécima edición. Madrid: Editorial tecnos, 2015. ISBN 978-84-309-3669-4.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Sistema de derecho civil. El contrato en general. La relación obligatoria*. Vol. II (tomo 1). Undécima edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2016. ISBN 978-84-309-6879-9.

DÍEZ-PICAZO, Luis; PONCE DE LEÓN. *La formación del contrato*, in *Anuario de Derecho Civil*, 1995. ISSN 0210-301X.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho de desistimiento*, in CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Director); ARROYO AMAYUELAS (coord.). *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre 2011*. Pamplona: Civitas, 2012. ISBN 978-84-470-3981-4.

EGIDI, Roberto. *La rilevanza dei vincoli formali nell'ambito della fiscalità immobiliare*, in *Le Corti Umbre*. N. 2. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 309- 317. ISSN 2282-1279.

EIDENMÜLLER, Horst; FAUST, Florian; GRINGOLEIT, Hans Christoph; JENSEN, Nils; WAGNER, Gerhard; ZIMMERMANN, Reinhard. *Hacia una revisión del acquis de consumo*, in CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Director); ARROYO AMAYUELAS (coord.). *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre 2011*. Pamplona: Civitas, 2012. ISBN 978-84-470-3981-4.

FAVALE, Rocco. *Forme legali e tutela dei consumatori*, in *Le Corti Umbre*. N. 2. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 318- 333. ISSN 2282-1279.

FAVALE, Rocco. *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contratto e Impresa/Europa*, n. 2 luglio-dicembre 2012. Padova: Wolters Kluwer Italia Srl, 2012. ISSN 1127-2872.

FEBBRAJO, Tommaso. *Obblighi di informazione e principio di effettività dopo il recepimento della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori*, in CATERINI, Enrico; DI NELLA, Luca; FLAMINI, Antonio; MEZZASOMA, Lorenzo; POLIDORI, Stefano (a cura di). *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*. Tomo II. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, p. 642- 668. ISBN 978-88-495-3353-8.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Os Direitos dos Consumidores*. Coimbra: Livraria Almeida, 1982, p. 19.

FINOCCHIARO, Giusela Dolores. *Tecniche di imputazione della volontà negoziale*, in CLARIZIA, Renato (a cura di). *I contratti informatici*. Torino: UTET giuridica, 2007. ISBN 978-88-598-0098-9.

GALLO, Paolo. *L'arricchimento senza causa, la responsabilità civile*. Torino: G. Giappichelli editore, 2018. ISBN 978-88-921-1330-5.

GALLO, Paolo. *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2004. ISSN: 0035-6093.

GAMBINO, Alberto Maria. *L'accordo telematico*. Milano: Giuffrè Editore, 1997. ISBN 88-14-06655-8.

GARCÍA MEXÍA, Pablo. *El derecho de internet*, in PÉREZ BES, Francisco (coord.). *El derecho de internet*. Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2016. ISBN 978-84-16652-07-5.

GARCÍA MONTORO, Lourdes. *El futuro del mercado digital único pasa por la regulación de las plataformas online*, in *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2016. ISSN 2254-2582.

GARCÍA VICENTE, José Ramón; MINERO ALEJANDRE, Gemma. *Artículo 75. Imposibilidad de devolver la prestación por parte del consumidor y usuario*, in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Editorial Aranzadi S/A, 2015. ISBN: 9788490981436.

GARCÍA VICENTE, José Ramón; MINERO ALEJANDRE, Gemma. *Artículo 76. Devolución de las sumas percibidas por el empresario*, in BERCOVITZ

RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Editorial Aranzadi S/A, 2015. ISBN: 9788490981436.

GEMMA, Andrea. *L'accordo telematico*, in CLARIZIA, Renato (a cura di). *I contratti informatici*. Torino: UTET giuridica, 2007, p. 237-278. ISBN 978-88-598-0098-9.

GENTILI, Aurelio. *Documento elettronico: validità ed efficacia probatoria*, in CLARIZIA, Renato (a cura di). *I contratti informatici*. Torino: UTET giuridica, 2007, p. 119-165. ISBN 978-88-598-0098-9.

GERMANO ALVES, Fabrício; REIS, Halissa. *Aplicabilidade do direito de arrependimento no comércio eletrônico em relação aos produtos personalizados*, in Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 17 (32): p. 117-149, jan-jun. 2017. ISSN 1676-529-X.

GRIMALT SERVERA, Pedro. *La formación del contrato celebrado por medios electrónicos*, in PARRA LUCÁN, María Ángeles (directora). *Negociación y perfección de los contratos*. Navarra: Thomson Reuters, 2014. ISBN 978-84-9059-297-7.

GUALDIERI, Maurizio; *Art. 56. Obblighi del professionista nel caso di recesso*, in GAMBINO, Alberto Maria; NAVA, Gilberto. *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 153-174. ISBN 978-88-7524-291-6.

GUERINONI, Ezio. *Art. 52-59*, in CUFFARO, Vincenzo (a cura di). *Codice del consumo*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 476- 517. ISBN 9788828803966.

GUERINONI, Ezio. *I contratti del consumatore. Principi e regole*. Torino: G. Giappichelli editore, 2011. ISBN 978-88-348-1864-0.

GUILLÉN CATALÁN, Raquel. *El régimen jurídico de la oferta contractual dirigida a consumidores*. Madrid: Fundación Registral, 2010. ISBN 978-84-92884-06-3.

GUIMARÃES, Maria Raquel. *"The Long and Winding Road": da Proposta de Directiva relativa aos direitos dos consumidores de 2008 à Directiva 2019/771 de 20 de maio de 2019 relativa a certos aspectos dos contratos de compra e venda de bens (passando pela Proposta alterada de 2017)*. Disponibile in: <https://cije.up.pt/pt/red/ultima-edicao>.

GUZZARDI, Gaetano. *Art. 56. Obblighi del professionista nel caso di recesso*, in D'AMICO, Giovanni. *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. Lgs. n. 21/2014*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2015. ISBN 9788813352288.

GUZZARDI, Gaetano. *Art. 57. Obblighi del consumatore nel caso di recesso*, in D'AMICO, Giovanni. *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. Lgs. n. 21/2014*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2015. ISBN 9788813352288.

HALL, Elizabeth; HOWELLS, Geraint; WATSON, Jonathon. *The Consumer Rights Directive- An Assessment of its Contribution to the Development of European Contract Law*, in *European Review of Contract Law* (2012, Volume 8, number 2).

HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Ceura, 1983. ISBN 84-85942-08-6.

HERRERA JOANCOMARTÍ, Jordi. *Nociones técnicas de internet*, in PEGUERA POCH, Miquel (coord.). *Derecho y nuevas tecnologías*. Barcelona: Editorial UOC, 2005. ISBN 84-9788-211-3.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè Editore, 1999. ISBN 88-14-07586-7.

IRTI, Natalino. *Scambi senza accordo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 52, fasc. 2, 1998.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *A liberdade de concorrência na União Europeia e no Mercosul*. São Paulo: Editora LTr, 2006, p. 59-60. ISBN 85-361-0765-0.

JORGE PÉREZ, Carlos de. *Click, browse and log-in agreements: ¿Sabemos qué contratamos en internet?*, in BUENO DE MATA, Federico (coord.). *Fodertics 6.0: los nuevos retos del derecho ante la reta digital*. Granada: Editorial Colmares, S.L, 2017. ISBN 978-84-9045-571-5.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: editora Saraiva, 2002. ISBN 85-02-03802-8.

JUNQUEIRA GOMIDE, Alexandre. *O direito de arrependimento aos consumidores: modelo atual e as proposições do Projeto de Lei do Senado 281/2012*, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*- vol. III, n. 9, março, 2013, p. 29- 49. ISSN 2237-1168

JUNQUEIRA GOMIDE, Alexandre. *Direito de Arrependimento nos Contratos de Consumo*. São Paulo: Almedina, 2014. ISBN 978-85-63182-88-3.

JUNQUEIRA, Miriam. *Contratos Eletrônicos*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997. ISBN 9788585756574.

JUSTE MENCÍA, Javier. *Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho comunitario europeo (Algunas consideraciones sobre la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997)*, in *Diario La Ley*, 1997. ISSN 1989-6913.

KLEE, Antônia Espíndola Longoni. *Comércio Eletrônico*. 1ª edizione. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. ISBN 978-85-203-5441-4.

LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique. *El Contrato: estructura, formacion y eficacia*. Valencia: tirant lo blanch, 1997. ISBN 8480024356.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*, vol. II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

LARROSA AMANTE, Miguel Ángel. *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*. Valencia: Tirant lo blanch, 2017. ISBN 978-84-9143-394-1.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *La Compraventa*. Madrid: La Ley, 2014. ISBN 978-84-9020-338-5.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *La vendita e la tutela del consumatore nell'ordinamento spagnolo*, in MEZZASOMA, Lorenzo; RIZZO, Vito; LLAMAS POMBO, Eugenio (a cura di). *La Compravendita: Realtà e Prospettive*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015. ISBN 978-88-495-2990-6.

LASARTE, Carlos. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 11ª edizione. Madrid: Editorial Dykinson, 2019. ISBN 978-8413242149.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comercio Electrónico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Informática, cyberlaw, e-commerce*, in DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Direito & Internet. Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: EDIPRO, 2000. ISBN 85-7283-294-7.

LUMINOSO, Angelo. *La Compravendita*. 9ª edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2018. ISBN 978-88-921-1726-6.

LUMINOSO, Angelo. *Relazione Introduttiva*, in MEZZASOMA, Lorenzo; RIZZO, Vito; LLAMAS POMBO, Eugenio (a cura di). *La compravendita: realtà e prospettive*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a, 2015. ISBN 978-88-495-2990-6.

LUNA SERRANO, Agustín. *La protección del contratante débil (con algunas precisiones de diferenciación entre los derechos español e italiano)*, in CATERINI, Enrico; DI NELLA, Luca; FLAMINI, Antonio; MEZZASOMA, Lorenzo; POLIDORI, Stefano (a cura di). *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*. Tomo I. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, p. 1105- 1120. ISBN 978-88-495-3353-8.

MAGALHÃES MARTINS, Guilherme. *Formação dos contratos eletrônicos via internet*. 2ª edizione. São Paulo: Lumen Juris Editora, 2010.

MANCALEONI, Anna Maria. *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, 2005. ISBN: 8824315828

MANGIARACINA, Livio. *La corte di giustizia, il recesso nel BGB e l'obbligo restitutorio relativo alle spese di consegna*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 4, 2011, p. 1207- 1226. ISSN 1720-4542.

MARCHESI, Antonia; SCOTTO, Giulia. *Il diritto dell'unione europea: dinamiche e istituzioni dell'integrazione*. 1ª edizione. Roma: Carocci, 2009. ISBN 978-88-430-3426-0.

MARIGHETTO, Andrea. *O Acesso ao Contrato: Sentido e Extensão da Função Social do Contrato*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2012. ISBN 978-8576746256.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *El "nuevo" concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU*, in *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 9/2014. ISSN 2254-2582.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8ª edición. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6640-0.

MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. ISBN 85-203-2604-8.

MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María. *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*. Madrid: Marcial Pons, 2000. ISBN 84-7248-761-X.

MAZZAMUTO, Salvatore. *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa e Diritto Privato*, 2011, 4, p. 861 ss. ISSN 1720-4542.

MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. *El contrato vía internet*. Barcelona: J.M Bosch Editor, 2005. ISBN 84-7698-733-1.

MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. *La Oferta Contractual*. Navarra: Aranzadi editorial, 1998. ISBN 8481938882.

MENKE, Fabiano. *A medida Provisória nº 983 e a classificação das assinaturas eletrônicas: comparação com a Medida Provisória nº 2.200-2 de 2001*. CryptoID, São Paulo, 2020. Disponível in:
<https://cryptoid.com.br/banco-de-noticias/a-mp-983-e-a-classificacao-das-assinaturas-eletronicas-comparacao-com-a-mp-2-200-2-por-fabiano-menke/>

MENKE, Fabiano. *A criptografia e a Infraestrutura de Chaves Públicas brasileira (ICP-Brasil)*, in *Revista dos Tribunais*, v. 998, Caderno Especial. São Paulo: Editora RT, dez. 2018, p. 83 – 97. ISSN 0034-9275

MENKE, Fabiano. *Apontamentos sobre o comércio eletrônico no direito brasileiro*, in ULHOA COELHO, Fábio. *Questões de direito comercial no Brasil e em Portugal*. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-20947-3.

MENKE, Fabiano. *Assinatura eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 176. ISSN: 0034-9275

MENKE, Fabiano. *A forma dos contratos eletrônicos*, in *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 26/2021. ISSN 23581433.

MENKE, Fabiano. *Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. ISBN 85-203-2734-6.

MEZZASOMA, Lorenzo. *Il consumatore e il professionista*, in RECINTO, Giuseppe; MEZZASOMA, Lorenzo; CHERTI, Stefano. *Diritti e tutele dei consumatori*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 13- 31. ISBN 978-88-495-2893-0.

MEZZASOMA, Lorenzo. *Novità del diritto contrattuale in Italia e tutela del contraente debole*, in *Le Corti Umbre*, n. 3/2014. Edizioni Scientifiche Italiane, p. 919 ss. ISSN 2282-1279.

MEZZETTI, Andrea; LIGI, Saverio. Articolo 52. Diritto di recesso. in GAMBINO, Alberto Maria; NAVA, Gilberto. *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 112-138. ISBN 978-88-7524-291-6. ISBN 978-88-7524-291-6.

MICHELON JR., Cláudio. *Direito Restituitório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. ISBN 85-203-2981-0.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5ª edición. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. ISBN 978-85-203-5357-8.

MIRAGEM, Bruno. *Aspectos característicos da disciplina do comércio eletrônico de consumo: comentários ao Dec. 7.962, de 15.03.2013*, in *Revista de Direito do Consumidor*, ano n. 86. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 287-299. ISSN 1415-7705.

MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. 4ª edição. São Paulo: Editora LTr, 1971.

MORAES, Evaristo de. *Accidentes do trabalho e a sua reparação*. Rio de Janeiro: Leite, Ribeiro e Maurillo, 1919.

MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel. *Contratos electrónicos*. Madrid: Marcial Pons, 1999. ISBN 84-7248-678-8.

MODICA, Lara. *Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle Corti di merito*, in *Contratto e Impresa* 1/2011. ISSN 1123-5055.

MUNAR BERNAT, Pedro Antonio. *La ampliación del plazo del derecho de desistimiento (arts. 71, 74.4, 76, 76 bis y 77 TRLGDCU) y su nueva regulación en los contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento mercantil (arts. 102 a 108 TRLGDCU)*, in *La Ley mercantil*, n. 9, 2014. ISSN 2341-4537.

NADER, Raph. *Unsafe at any speed*, Knightsbridge Pub Co Mass, 1991. ISBN 978-1561290505.

NERY JUNIOR, Nelson. *Capítulo VI: da proteção contratual*, in PELLEGRINI GRINOVER, Ada; HERMAN DE V. E BENJAMIN, Antônio; FINK, Daniel Roberto; BRITO FILOMENO, José Geraldo; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA., 2019. ISBN 978-85-309-8216-4.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. Vol. 1. São Paulo: editora Saraiva, 2003. ISBN 8502203193.

NORONHA, Fernando. *Enriquecimento sem causa*, in *Revista de Direito Civil*, n. 56, p. 50-78.

NUSCO, Michele. *Compendio di diritto del consumatore*. Alemanha: Copyright, 2015. ISBN 9788892302266.

OPPO, Giorgio. *Disumanizzazione del contratto?*, in *Rivista di Diritto Civile*, vol. 44, fasc. 5, 1998. ISSN: 0035-6093.

O'REILLY, Tim. *What is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software*, 2007. Disponibile in:
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008839

OTERO LASTRES, José Manuel. *La protección de los consumidores cuarenta años después*, in *Actas de derecho industrial y derecho de autor*. Tomo 40, 2019-2020, págs. 189-222. ISSN 1139-3289.

PAGLIANTINI, Stefano. *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, in *Rivista Giurisprudenza italiana*, volume 172, fascículo 1, 2020. ISSN 1125-3029.

PAGLIANTINI, Stefano. *Art. 51. Requisiti formali per i contratti a distanza*, in D'AMICO, Giovanni. *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. Lgs. n. 21*. Wolters Kluwer CEDAM, Milano, 2015. ISBN 9788813352288.

PAGLIANTINI, Stefano. *Variazioni su forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, in *Persona e Mercato*. Vol. 2, 2009. ISSN 2239-8570.

PAGLIANTINI, Stefano. *Il neoformalismo contrattuale dopo i D.lgs. 141/2010, 79/2011 e la Direttiva 2011/83/UE: una nozione (già) vieille renouvelée*, in *Persona e Mercato*. Vol. 4, 2011. ISSN 2239-8570.

PANIZA FULLANA, Antonia. *Contratación a distancia y defensa de los consumidores*. Granada: Editorial Comares, 2003. ISBN 970-84-8444-739-9.

PARDO GATO, José Ricardo. *Las Páginas Web como Soporte de Condiciones Generales Contractuales*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2003. ISBN 84-9767-136-8.

PARRA LUCÁN, Maria Ángeles y otros. *Negociación y Perfección de los contratos*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2014. ISBN: 978-84-9059-297-7.

PATTI, Francesco Paolo. *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Europa e diritto privato*, Fasc.4.. Milano: Giuffrè Editore, 2012. ISSN 1720-4542.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada; HERMAN DE V. BENJAMIN, Antônio. *Introdução*, in PELLEGRINI GRINOVER, Ada; HERMAN DE V. E BENJAMIN, Antônio; FINK, Daniel Roberto; BRITO FILOMENO, José Geraldo; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 12ª edizione. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA., 2019, ISBN 978-85-309-8216-4.

PEÑA LÓPEZ, Fernando. *Artículo 102. Derecho de desistimiento*, in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Editorial Aranzadi S/A, 2015. ISBN: 9788490981436.

PEÑA LÓPEZ, Fernando. *Artículo 103. Excepciones al derecho de desistimiento*, in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Editorial Aranzadi S/A, 2015. ISBN: 9788490981436.

PEÑA LÓPEZ, Fernando. *Artículo 104. Plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento*, in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Editorial Aranzadi S/A, 2015. ISBN: 9788490981436.

PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Formación del contrato*, in BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (coord.). *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. Madrid: La ley, 2001. ISBN 84-9725-158-X.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume III. Rio de Janeiro: editora Forense, 1997.

PEREIRA DE LIMA, Cíntia Rosa. *Contratos de adesão eletrônicos ('shrink-wrap' e 'click-wrap') e termos e condições de uso ('browse-wrap')*, in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 133. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021, p. 109-154. ISSN 1415-7705.

PERLINGIERI, Pietro. *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in PERLINGIERI, Pietro; CATERINI, Enrico (a cura di). *Il Diritto dei Consumi*. Vol. I. Rende: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 9-34. ISBN 88-89464-01-1.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. Terza edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006. ISBN 88-495-1353-4.

PERLINGIERI, Pietro. *La tutela del contraente tra persona e mercato*, in PERLINGIERI, Pietro; CATERINI, Enrico (a cura di). *Il Diritto dei Consumi*. Vol. III. Rende: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 7- 17. ISBN 978-88-89464-13-7.

PERLINGIERI, Pietro. *Conclusioni dei lavori*, in MEZZASOMA, Lorenzo; RIZZO, Vito; LLAMAS POMBO, Eugenio (a cura di). *La compravendita: realtà e prospettive*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a, 2015. ISBN 978-88-495-2990-6.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 9ª edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018. ISBN 978-88-495-3735-2.

PERLINGIERI, Pietro. *Vincoli formali tra esigenze di tutela del consumatore e profili di carattere fiscale*, in *Le Corti Umbre*. N. 2. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 285- 289. ISSN 2282-1279.

PERLINGIERI, Giovanni; LAZZARELLI, Federica, *Il contratto telematico*, in VALENTINO, Daniela. *Manuale di diritto dell'informatica*. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 2016. ISBN 978-88-495-3101-5.

PERLINGIERI, Giovanni; LAZZARELLI, Federica, *Formazione e conclusione del contratto telemático*, in VALENTINO, Daniela. *Manuale di diritto dell'informatica*. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 2016. ISBN 978-88-495-3101-5.

PIGNALOSA, Maria Pia. *Contratti a distanza e recesso del consumatore*. Milano: Giuffrè Editore, 2016. ISBN 9788814215582.

PIGNALOSA, Maria Pia. *Il consumatore calcolante. Contributo allo studio del contratto telematico*, in *Il foro napoletano*, 45, 2020. ISBN 978-88-495-4327-8.

PILIA, Carlo. *Contratti a distanza e diritti dei consumatori*. Cedam Editore, 2012, ISBN: 9788813332983.

PINO ABAD, Manuel; SERRANO CAÑAS, José Manuel. *La incorporación de la Directiva 2011/83/UE al Derecho español y su incidencia en la regulación de los Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles*, in *Diario La Ley*, n. 8424, 2014. ISSN 1989-6913.

PINOCHET OLAVE, Ruperto. *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*. Madrid: Marcial Pons, 2001. ISBN 84-7248-894-2.

PLATA LÓPEZ, Luis Carlos. *La protección de los consumidores en el comercio electrónico*, in GUAL ACOSTA, José Manuel; VILLABA CUÉLLAR, Juan Carlos. *Derecho del Consumo. Problemáticas Actuales*. Bogotá: Ibañez, 2013. ISBN 978-958-749-255-2.

PONGELLI, Giacomo. *La proposta di regolamento sulla vendita nel processo di creazione del diritto privato europeo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n.10, 2012. ISSN 1593-7305.

PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de Direito Privado*. 3ª edición. Parte Especial, Tomo XXXVIII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984. ISBN 85-203-0310-2.

RECALDE CASTELLS, Andrés. *El derecho de consumo como derecho privado especial*, in TOMILLO URBINA, Jorge (director); ÁLVAREZ RUBIO, Julio (coordinador). *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*. Pamplona: Thomson Civitas, 2008. ISBN 978-84-470-3005-7.

RENDE, Francesco. *Art. 49. Obblighi di informazione nei contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali*, in D'AMICO, Giovanni. *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. Lgs. n. 21*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2015. ISBN 9788813352288.

RENDE, Francesco. *Il recesso comunitario dopo l'ultima pronuncia della corte di giustizia*, in *Rivista di Diritto Civile*, n° 5, settembre-ottobre, 2009, p. 525-557. Padova: CEDAM. ISSN 0035-6093.

RICCI, Francesco. *La disciplina delle vendite a distanza ai consumatori*, in CLARIZIA, Renato (a cura di). *I contratti informatici*. Torino: UTET giuridica, 2007, p. 319-357. ISBN 978-88-598-0098-9.

RICCIO, Giovanni Maria; SALVATI, Maria Laura. *Art. 55. Effetti del recesso*, in GAMBINO, Alberto Maria; NAVA, Gilberto. *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014. ISBN 978-88-7524-291-6.

RIZZO, Vito. *Prefazione*, in MEZZASOMA, Lorenzo; RIZZO, Vito; LLAMAS POMBO, Eugenio (a cura di). *La compravendita: realtà e prospettive*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a, 2015. ISBN 978-88-495-2990-6.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa. *La contratación en plataformas electrónicas en el marco de la estrategia para un mercado único digital en la Unión Europea*, in PASTOR GARCÍA, Alicia María; MARTENS

JIMÉNEZ, Isabel; CASTILLO PARRILLA, José Antonio (Dir). *El mercado digital en Unión Europea*, 2019, p. 93 y ss. ISBN 9788429021165.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa. *The Legal Anatomy of Electronic Platforms: A Prior Study to Assess the Need of Law of Platforms the EU*, in *The Italian Law Journal*, vol. 3, n. 1, 2017.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2011. ISBN 9788814216749.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto del duemila*. Terza edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. ISBN 978-88-348-1601-1.

ROSSI CARLEO, Liliana. *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informatico*, in PERLINGIERI, Pietro; CATERINI, Enrico (a cura di). *Il diritto dei consumi*. Vol. II. Rende: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. ISBN 88-89464-02-X.

ROSSI CARLEO, Liliana. *I soggetti*, in ROSSI CARLEO, Liliana (a cura di). *Diritto dei consumi: Soggetti, atto, attività, enforcement*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2015. ISBN 978-88-921-0197-5.

RULLI NETO, Antonio; RUFATO, David de Oliveira; DA SILVA, Marcelo Emerson; ASAMURA AZEVEDO, Renato. *O comércio eletrônico e as novas formas contratuais: point and click agreement e click and wrap agreement*, in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 105. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISSN 1415-7705.

RUMI, Tiziana. *Art. 47. Esclusioni*, in D'AMICO, Giovanni. *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. Lgs. n. 21/2014*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2015. ISBN 9788813352288.

RUMI, Tiziana. *Art. 52. Diritto di recesso*, in D'AMICO, Giovanni. *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. Lgs. n. 21/2014*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2015. ISBN 9788813352288.

RUMI, Tiziana. *Art. 54. Esercizio del diritto di recesso*, in D'AMICO, Giovanni. *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. Lgs. n. 21/2014*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2015. ISBN 9788813352288.

RUMI, Tiziana. *Art. 59. Eccezioni al diritto di recesso*, in D'AMICO, Giovanni. *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. Lgs. n. 21/2014*. Milano: Wolters Kluwer CEDAM, 2015. ISBN 9788813352288.

RYAN, Johnny. *A history of the internet and digital future*. London: Reaktion Books Ltd, 2010. ISBN 978-1-86189-777-0.

SALVI, Gabriele. *Art. 52. Diritto di recesso*, in CAPOBIANCO, Ernesto; MEZZASOMA, Lorenzo; PERLINGIERI, Giovanni. *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. Seconda edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018. ISBN 9788849537444.

SALVI, Gabriele. *Art. 56. Obblighi del professionista nel caso di recesso*, in CAPOBIANCO, Ernesto; MEZZASOMA, Lorenzo; PERLINGIERI, Giovanni. *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. Seconda edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018. ISBN 9788849537444.

SANDRONI, Paulo. *Novo Dicionário de Economia*. São Paulo: Editora Best Seller, 1994.

SAN MARTÍN, Sonia; PRODANOVA, Jana. *¿Qué factores fomentan la compra por impulso en el comercio móvil?*, in *Revista Española de Investigación de Marketing ESIC* n. 18, 32-42, 2014.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Formação e Eficácia Probatória dos Contratos por Computador*. São Paulo: editora Saraiva, 1995. ISBN 85-02-01600-8.

SCIALDONE, Marco. *Art. 54. Esercizio del diritto di recesso*, in GAMBINO, Alberto Maria; NAVA, Gilberto. *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 139-147. ISBN 978-88-7524-291-6.

SICA, Salvatore; PARISI, Annamaria Giulia. *La tutela del consumatore nel contratto on-line*, in GAMBINO, Alberto M. (a cura di). *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011, p. 29- 71. ISBN 978-88-348-2266-1.

SOSA OLÁN, Henry; RABELO HARTMANN, Fernando. *Contratación electrónica: el derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor*. Ciudad del México: Tirant lo blanch, 2018. ISBN 978-84-9190-107-5.

TARTUCE, Flávio; MONTEIRO, Gracieleia. *A reforma do Código de Defesa do Consumidor. Comentários ao PL 281/2012 e algumas sugestões*, in *Revista de Direito do Consumidor*, 2015. ISSN 1415-7705.

TOMMASINI, Raffaele. *Codice del consumo e ius poenitendi*, in PERLINGIERI, Pietro; CATERINI, Enrico (a cura di). *Il Diritto dei Consumi*. Vol. III. Rende: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 277-295. ISBN 978-88-89464-13-7.

TORINO, Raffaele. *I contratti dei consumatori nella prospettiva europea*, in ALPA, Guido (a cura di). *I contratti del consumatore*. Milano: Giuffrè Editore, 2014. ISBN 978-8814187261.

TOSI, Emilio. *Contratti informatici, telematici e virtuali. Nuove forme e procedimenti formativi*. Milano: Giuffrè Editore, 2010. ISBN 88-14-15269-1.

TOSI, Emilio. *Il contratto virtuale: ricostruzione della categoria negoziale*, in CLARIZIA, Renato (a cura di). *I contratti informatici*. Torino: UTET giuridica, 2007, p. 79-115. ISBN 978-88-598-0098-9.

ULHOA COELHO, Fábio. *Curso de direito comercial*. Volume 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

VALENTINO, Daniela. *I contratti a distanza e gli obblighi di informazione*, in *Il diritto dei consumi*. Vol. I. PERLINGIERI, Pietro; CATERINI, Enrico (a cura di). Rende: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, p. 251-268. ISBN 88-89464-01-1.

VEGA VEGA, José Antonio. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores. Colección de derecho de las nuevas tecnologías*. Madrid: Editorial Reus S.A, 2005. ISBN 84-290-1422-5.

VENOSTA, Francesco. *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, p. 872-879. ISSN: 1826-2570.

VINCENTI, Umberto. *Diritto senza identità*. Lecce: Editori Laterza, 2007. ISBN 978-88-420-8494-5.