



**ACTUALIDAD JURIDICA
IBEROAMERICANA**



IDIBE
Instituto de Derecho Iberoamericano



Publicación de circulación Internacional
Actualidad Jurídica Iberoamericana
<https://www.revista-aji.com>

Editan:
Instituto de Derecho Iberoamericano.
C/ Luis García Berlanga, núm. 7, I-15 Valencia, España. 46023.
Correo Electrónico: contacto@idibe.org
web: www.idibe.org

Tirant lo Blanch.
C/Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia (España).
Telf. +34 963 61 00 48.
Correo electrónico: tlb@tirant.com
web: www.tirant.com

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

Actualidad Jurídica Iberoamericana se encuentra indexada en los siguientes índices de calidad: REDIB, ANVUR, LATINDEX, CIRC, MIAR y SCOPUS.

Así mismo se encuentra incluida en los siguientes catálogos: Dialnet, RODERIC, Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN), Ulrich's, Dulcinea.

Impreso en España
Diagramación: Elias On - elias.on@live.com

SUMARIO

DOCTRINA

A) ESTUDIOS SOBRE DISCAPACIDAD

- 01/ El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos. Sofía de Salas Murillo (España)... 16
- 02/ El sistema de apoyos a las personas con discapacidad en Derecho aragonés. Aurora López Azcona (España)..... 48
- 03/ La protección jurídica de las personas con discapacidad en el Derecho Privado de Navarra (Anteproyecto de Ley Foral). Elsa Sabater Bayle (España) 80
- 04/ La reforma del Derecho catalán en materia de discapacidad. Judith Solé Resina (España) 122
- 05/ La nueva legislación alemana de apoyo a las personas con discapacidad intelectual: aspectos sustantivos, procesales y administrativos. Brian Buchhalter–Montero (España) 150
- 06/ La protección jurídica de las personas con discapacidad en la Argentina. Mariel F. Molina de Juan (Argentina) 172
- 07/ The protection of people with disabilities in Austria. Michael Ganner y Caroline Voithofer (Austria)..... 196
- 08/ La protección de las personas con discapacidad en el Derecho chileno. Fabiola Lathrop Gómez (Chile) 230
- 09/ La protection des personnes vulnérables en droit français. Eric Fongaro (Francia) 260
- 10/ La “amministrazione di sostegno” italiana como medida de protección de las personas con discapacidad. Gabriele Carapezza Figlia (Italia) 302
- 11/ Estado de interdicción frente a la discapacidad social. Un reto legislativo en México. Gisela María Pérez Fuentes (México)..... 310
- 12/ Protection of persons with disabilities in Turkish Law. Ceyda Süral Efeçinar y Ekin Ömeroğlu (Turquía) 344

E) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- 27/ La conformità dei prodotti agli standard tecnici tra tutela del consumatore e limiti alla responsabilità del fabbricante. Enrico AL Mureden (Italia)..... 892
- 28/ Il principio di precauzione come strumento di attuazione degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile dell'Agenda ONU 2030. Carlotta Ippoliti Martini (Italia)..... 912
- 29/ Viviendas de uso turístico: responsabilidad civil por daños causados por sus usuarios. Gustavo Antonio Ruiz Alonso (España)..... 934

F) DERECHOS REALES

- 30/ Rifiuto quale “bene” e proprietà “conformata”. Erika Giorgini (Italia)..... 958
- 31/ La usucapión en el ordenamiento boliviano, entre empujes jurisprudenciales y tutela de la función social de la propiedad. Alfredo Ferrante (Italia)..... 980

G) DERECHO DE CONSUMO

- 32/ Consumatori, contratti e imprese, tra regole giuridiche e regole di mercato. Maria Cristina Cervale (Italia)..... 1006

H) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- 33/ La adopción nacional e internacional desde la perspectiva autonómica. El caso de la Comunidad Valenciana. Carmen Azcárraga Monzonís (España) 1034

I) DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

- 34/ La autorregulación en materia de consumo: especial valoración del mundo digital. David López Jiménez (España)... 1070
- 35/ El impacto de la digitalización en la libertad de expresión del trabajador en el ámbito de las redes sociales al hilo de la jurisprudencia italiana en materia de información y transparencia. Giuseppina Pensabene Lioni (Italia)..... 1096
- 36/ Los derechos de la personalidad del menor de edad en la era digital. La dicotomía entre autonomía y protección. Lucía Vázquez-Pastor Jiménez (España)..... 1112
- 37/ El deber de proporcionar dispositivos GPS en el contrato de seguro para vehículos motorizados en el ordenamiento jurídico chileno. Erika Isler Soto (Chile) 1154
- 38/ La regulación del audiovisual español, a prueba. Belén Andrés Segovia (España)..... 1172

CRÓNICAS DE CONGRESOS

- 39/ Crónica del I Congreso internacional sobre Persona y Derecho civil: los retos del siglo XXI (Persona, género,

DIRECTOR

Dr. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SUBDIRECTOR

Dr. Juan Antonio Tamayo Carmona
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Dr. Pedro Chaparro Matamoros
Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Salvatore Aceto di Capriglia
Professore Associato di Diritto Comparato, Universidad de Nápoles Parthenope, Italia

Dra. Esther Algarra Prats
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Marco Angelone
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad "G. di Annunzio" de Chieti-Pescara, Italia

Dr. Vincenzo Barba
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Javier Barceló Doménech
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Cesare Massimo Bianca (†)
Professore Emerito di Diritto Privato, LUMSA, Roma, Italia

Dra. Mirzia Bianca
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Dr. Salvador Carrión Olmos
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Gabriele Carapezza Figlia
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Giovanna Chiappetta
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Calabria, Italia

Dr. André Dias Pereira
Director del Centro Biomédico de la Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Andrea Federico
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giampaolo Frezza
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Stefania Giova
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Molise, Italia

Dr. Pablo Girgado Perandones
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Cristián Lepin Molina

Profesor Asociado de Derecho Civil, Universidad de Chile

Dr. Andrea Lepore

Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Fabricio Mantilla Espinosa

Catedrático de Contratos Civiles y Mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Fabrizio Marinelli

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Graciela Medina

Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Lorenzo Mezzasoma

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Mariel F. Molina de Juan

Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Juan Antonio Moreno Martínez

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dra. Gisela María Pérez Fuentes

Catedrática de Derecho Civil, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México

Dr. Giovanni Perlingieri

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dra. Carolina Perlingieri

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad Federico II, Nápoles, Italia

Dra. María José Reyes López

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Raffaele Picaro

Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Nelson Rosenvald

Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho Damasio, Sao Paulo, Brasil

Dra. Adela Serra Rodríguez

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Antonella Tartaglia Polcini

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Sannio, Italia

Dr. Francisco Ternera Barrios

Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. David Vargas Aravena

Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Asunción Colás Turégano

Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

Dra. Margarita Castilla Barea

Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

Dr. Luis de las Heras Vives

Abogado. Vicepresidente del IDIBE.

Dr. Gorka Galicia Aizpurua

Profesor Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dr. Emanuele Indracollo

Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dra. Aurora López Azcona

Profesora Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dra. Pilar Montés Rodríguez

Profesora Titular (Escuela Universitaria) de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Pilar Estellés Peralta

Profesor Agregado de Derecho Civil, Universidad Católica de Valencia
"San Vicente Mártir", España

Dr. Pietro Virdagamo

Professore Ordinario Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia.

Dra. Sonia Rodríguez Llamas

Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente: Dr. Gonzalo Muñoz Rodrigo

Investigador Predoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Belén Andrés Segovia

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo, Universitat Jaume I, España

D. Francesco Angeli

Assegnista di ricerca, Università degli studi di Perugia, Italia

Dr. Adrián Arrebola Blanco

Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

Dra. Ana Isabel Berrocal Lanzarot

Profesora Contratada Doctora, Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Giovanni Berti de Marinis

Professore Associato di Diritto dell'Economia, Universidad de Perugia, Italia

D. Álvaro Bueno Biot

Investigador Predoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Borja del Campo Álvarez

Profesor Sustituto de Derecho Civil, Universidad de Oviedo, España

Dra. Ana Isabel Blanco García

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Cristina Cervale

Ricamatore di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Andrea Casanova Asencio

Investigadora Postdoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España.

Dr. Jorge Enriquez Sordo

Abogado

Dra. Elena de Luis García

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Doña Ana Elisabete Ferreira

Professora Investigadora na Faculdade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Massimo Foglia

Ricamatore di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giuseppe Garofalo

Assegnista di ricerca, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dr. Manuel García Mayo

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Sevilla, España

Dr. Carlos Gómez Asencio

Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

Dr. Manuel Ángel Gómez Valenzuela

Profesor Sustituto Interino de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

Dr. Fernando Hernández Guijarro

Profesor Contratado Doctor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València, España

Dr. Francesco La Fata

Ricamatore di Diritto dell'Economia, Universidad de Florencia, Italia

D. Marco Li Pomi

Assegnista di Ricerca, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dr. Miguel Herrero Medina

Profesor Ayudante Doctor del Departamento de Derecho Romano e Historia del Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Andrés Marín Salmerón

Investigador Postdoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España

Dr. Javier Martínez Calvo

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dr. Manuel Ortiz Fernández

Profesor Ayudante de Derecho Civil, Universidad Miguel Hernández de Elche, España

Dr. Alfonso Ortega Giménez

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado, Universidad de Elche, España

D. Jesús Palomares Bravo

Investigador Predoctoral en Departamento de Derecho Civil, Universidad de Málaga, España

Dra. Carla Pernice

Ricercatore di Diritto dell'Economia, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", Universidad de Florencia, Italia

Dr. Rosario Petruso

Ricercatore di Diritto Comparato, Universidad de Palermo, Italia

Dra. Monica Pucci

Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Perugia, Italia

Dra. Isabel Rabanete Martínez

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

Dr. Marco Rizzuti

Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Florencia, Italia.

D. Juan Carlos Rocha Valle

Notario y Defensor Público en el área del Derecho Civil, Nicaragua

Dr. Valerio Rotondo

Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Molise, Italia

Dra. Romina Santillán Santa Cruz

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dr. Eduardo Taléns Visconti

Profesor Contrado Doctor de Derecho del Trabajo, Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Inês Viana de Oliveira Martins

Professora Auxiliar na Faculdade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

D. Daniel Vicente Martínez

Profesor Contratado en el Área de Ciencias Jurídicas, Universidad Internacional de Valencia, España

D. Calogero Valenza

Assegnista di Ricerca, Universidad Ca' Foscari, Venecia, Italia

Dra. Sara Zubero Quintanilla

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España



CONSUMATORI, CONTRATTI E IMPRESE, TRA REGOLE
GIURIDICHE E REGOLE DI MERCATO

*CONSUMERS, CONTRACTS AND ENTERPRISES BETWEEN.
LEGAL RULES AND MARKET RULES*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17, ISSN: 2386-4567, pp. 1006-1033



Maria Cristina
CERVALE

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de abril de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: Il ruolo che il consumatore ha acquisito all'interno della società non è soltanto economico ma è anche giuridico perché il consumatore, in quanto soggetto debole, è divenuto il destinatario di un microsistema di norme che tendono a tutelarlo nella contrattazione e nel rapporto con gli imprenditori. Il codice civile del 1942, che pure prevede al suo interno istituti giuridici volti a disciplinare i casi in cui si creino delle disparità e delle asimmetrie nella contrattazione con l'imprenditore, lascia spazio al codice del consumo, in un contesto che vede svilupparsi nuove questioni legate alla tecnologia e, anche, all'intelligenza artificiale.

PALABRAS CLAVE: Consumatori; diritto dei consumatori; contraente debole; asimmetrie contrattuali; codice del consumo.

ABSTRACT: *The role that the consumer has acquired within society is not only an economic role but also a juridical one because the consumer, as a weak subject, has become the recipient of a microsystem of norms that tends to protect him/her in the negotiation and in the relationship with entrepreneurs. The civil code of 1942, which also provides for legal institutions aimed at regulating cases in which disparities and asymmetries are created in negotiations with entrepreneurs, leaves room for the consumer code, in a context that sees the development of new issues linked to technology and also to artificial intelligence.*

KEY WORDS: *Consumer; weak subject; disparities and asymmetries; consumer code.*

SUMARIO.- I. LA PROGRESSIVA EMERSIONE DELLA FIGURA DEL CONSUMATORE DAL CODICE CIVILE ALL'ATTUALE CONTESTO NORMATIVO.- II. LA CONTRATTAZIONE DI SERIE, I CONTRATTI PER ADESIONE E LA TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE.- III. I CONTRATTI DEL CONSUMATORE E IL CODICE DEL CONSUMO.- IV. LA VESSATORIETÀ DELLE CLAUSOLE CONTRATTUALI QUALE CAUSA DI SIGNIFICATIVO SQUILIBRIO NEL RAPPORTO TRA CONSUMATORE E PROFESSIONISTA.- V. IL DIVIETO DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE.- VI. IL FORMALISMO DI PROTEZIONE QUALE STRUMENTO DI TUTELA DEL CONSUMATORE E LE QUESTIONI LEGATE ALLA CONTRATTAZIONE DIGITALE.- VII. QUALI PROSPETTIVE FUTURE.

I. LA PROGRESSIVA EMERSIONE DELLA FIGURA DEL CONSUMATORE DAL CODICE CIVILE ALL'ATTUALE CONTESTO NORMATIVO.

Le nuove frontiere rappresentate dallo sviluppo tecnologico, che caratterizza la vita di ognuno e assegna nuovi ambiti alla contrattazione privata, unitamente ad un mercato non più o non solo basato su relazioni in presenza, su percorsi di trattativa verbale o documentale nel senso tradizionale del significato, sulla parità e sull'equilibrio tra le posizioni negoziali, porta a riflettere circa l'attuale stato della normativa italiana che, attraverso una rilettura del codice civile e un'attività esegetica di completamento con i microsistemi di settore, fornisce spunti di analisi e pone interrogativi sui quali riflettere.

I temi delineati, proiettati in una dimensione economica e produttiva, possono condurre, nello specifico, ad una riflessione sulla posizione del consumatore, figura che, da qualche decennio, ha acquisito una propria autonoma considerazione, in Europa e in Italia, all'interno dei contratti, nel rapporto con le imprese e con riguardo all'applicabilità delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento, queste ultime volte a fornire un rimedio negoziato alle esposizioni debitorie nelle quali anche il consumatore può incorrere¹.

¹ Le procedure concorsuali delle crisi da sovraindebitamento sono state introdotte in Italia dal d.l. 22 dicembre 2011, n. 212, convertito, con modificazioni, nella legge 17 febbraio 2012, n. 10, la cui disciplina è tuttavia confluita nella legge 27 gennaio 2012, n. 3. Il testo di quest'ultima legge è stato in seguito e per larga parte modificato dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, nella legge 17 dicembre 2012, n. 221. Si tratta di procedure che per la loro applicabilità non richiedono la qualifica di imprenditore commerciale del soggetto indebitato, come è invece per il fallimento, e anzi tendono proprio a superare quel requisito soggettivo per concedere ad una platea più ampia di soggetti la possibilità di comporre, negozialmente e attraverso l'apporto di idonee professionalità, situazioni debitorie gravi destinate a divenire vera e propria insolvenza. Va rilevata tuttavia, in generale, la tendenza del legislatore italiano a ricercare forme di composizione della crisi di impresa alternative al fallimento. Ne costituisce un esempio la previsione della composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa, disciplinata dal d.l. 24 agosto 2021, n. 118, convertito con modificazioni dalla legge 21 ottobre 2021, n. 147, una procedura però rivolta non al consumatore ma all'imprenditore commerciale o all'imprenditore agricolo che si trovi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza. nata dal Ne costituisce un esemistituire forme di la soluzione della crisi di impresa, disciplinata dal Ne costituisce un esem

• **Maria Cristina Cervale**

Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia. E-mail: mariacristina.cervale@univaq.it.

Da qualche decennio, si è detto, in quanto a voler partire dal testo del codice civile, il termine «consumatore» non compare nel linguaggio del legislatore: eppure, i consumatori, all'interno del mercato, in relazione agli scambi e alle relazioni commerciali, hanno da sempre animato il vivere sociale che su di essi ha basato ricchezza e benessere.

L'apparente vuoto lasciato da una mancata previsione codicistica trova conferma anche nel fatto che la voce «consumatore» non compare nei primi volumi pubblicati, in relazione ai vari istituti privatistici, da opere enciclopediche di indiscussa rilevanza, si pensi all'Enciclopedia del diritto. La figura del consumatore e le tematiche ad esso relative vengono recepite e approfondite in volumi editi solo successivamente all'interno della stessa opera, gli «Aggiornamenti», dedicati ad un completamento degli istituti inevitabilmente conseguenti ai mutamenti giuridici in corso².

Tuttavia, al vuoto linguistico riscontrabile nel codice civile può ritenersi che non corrisponda un assoluto vuoto concettuale se, aldilà dei termini, si cerchi di indagare sul ruolo che una parte contrattuale può vedersi riconosciuto da talune disposizioni normative inserite all'interno del codice nella parte dedicata al contratto e se, ancor più in generale, si tiene conto di alcune scelte di fondo effettuate dal legislatore nell'ambito dell'autonomia contrattuale. Si fa strada, gradualmente, il concetto di soggetto debole del rapporto contrattuale, riferito al consumatore di un bene o all'utente di un servizio, posto in relazione con il soggetto forte del suddetto rapporto contrattuale, ossia l'imprenditore.

Partendo da quest'ultimo profilo, il legislatore dimostra una spiccata e costante sensibilità verso la ricerca di un equilibrio tra le posizioni contrattuali assunte dalle parti, ricerca da effettuare in ogni fase della contrattazione: l'equilibrio deve sussistere al momento della conclusione del contratto ma deve preservarsi anche

2 In effetti, la voce relativa al consumatore o meglio ai contratti del consumatore, compare nel 2000, in un volume dedicato all'aggiornamento dell'opera: CHINÈ, G.: "Consumatore (contratti del)", *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000, p. 400 ss. Prima ancora, CHINÈ, G.: "Il consumatore", *Diritto privato europeo*, (a cura di N. LIPARI), I, Padova, 1997, p. 164 ss.; ALPA, G. e CHINÈ, G.: "Consumatore (protezione del) nel diritto civile", *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XV, 1997, Appendice, Milano, p. 543 ss.; JANNARELLI, A.: "La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori", *Diritto privato europeo*, cit., II, p. 489 ss. Si delinea sempre più la categoria dei soggetti deboli, tra i quali viene inserito anche il consumatore: MARINELLI, F.: *Gli itinerari del codice civile*, 3^a ed., Milano, 2008, p. 82 ss.; MARINELLI, F.: "La tutela civile dei soggetti deboli", *Giust. civ.*, 1994, II, p. 159 ss. La letteratura giuridica, poi, si arricchisce di numerosi contributi, tra i quali: PAGLIANTINI, S.: *Il consumatore "frastagliato" (Istantanee sull'asimmetria contrattuale tra vicende circolatore e garanzie)*, Pisa, 2021; AA.VV.: *Il diritto dei consumatori nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea*, (a cura di M. ASTONE), Pisa, 2021; SOLDATI, N.: *Tutela del consumatore e procedure di sovraindebitamento*, Torino, 2020; FLORIDIA, G.: "L'illecito concorrenziale fra il diritto soggettivo e la tutela dei consumatori", in AA.VV.: *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2020, p. 367 ss. Per un commento al testo del codice del consumo: AA.VV.: *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, (a cura di E. CAPOBIANO, L. MEZZASOMA e G. PERLINGIERI), Napoli, 2019; AA.VV.: *Codice del consumo*, (a cura di V. CUFFARO), Milano, 5^a ed., 2018; BARENGHI, A.: *Diritto dei consumatori*, Milano, 2^a ed., 2020; AA.VV.: *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività, enforcement*, (a cura di L. ROSSI CARLEO), Torino, 2015; AA.VV.: *Codice ipertestuale del consumo*, (diretto da M. FRANZONI), Torino, 2008.

durante lo svolgimento delle prestazioni assunte e deve orientare anche nella ricerca del significato contrattuale più aderente alla reale intenzione delle parti.

In tale ottica, si pensi, innanzi tutto, al principio di buona fede che, quale lealtà e correttezza di comportamento, regola le trattative (art. 1337 c.c.), l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.). E, prima ancora, si pensi al principio generale di correttezza, previsto dall'art. 1175 c.c., cui debitore e creditore devono improntare il rispettivo comportamento³.

Inoltre, rileva ai fini della riflessione l'istituto della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità della prestazione di una delle parti e, quindi, la previsione dell'art. 1467 c.c. secondo il quale, nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, «se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto...». E tuttavia, la risoluzione può essere evitata se la parte contro cui è domandata offre di modificare equamente le condizioni del contratto (art. 1467, terzo comma, c.c.). L'insorgere di fatti straordinari e non prevedibili diviene rilevante nei contratti con prestazioni corrispettive la cui esecuzione sia protratta o differita nel tempo e rappresenta una eventualità che va ad incidere sulla funzionalità del contratto che, pur rispecchiando in astratto gli interessi delle parti, non risulta più concretamente attuabile per il sopraggiunto mutamento delle condizioni di fatto in relazione alle quali il programma era stato concordato⁴.

Si pensi, anche, alla rescissione del contratto che può essere pronunciata su domanda di chi abbia assunto obbligazioni inique in condizioni di pericolo per la propria o la altrui persona, note all'altra parte (art. 1447 c.c.). E poi, un'azione generale di rescissione per lesione è prevista nel caso di sproporzione tra le prestazioni che sia dipesa dallo stato di bisogno di una parte di cui l'altra parte abbia approfittato. La sproporzione tra i valori deve superare la metà e pertanto si parla di lesione *ultra dimidium*; inoltre, la lesione deve perdurare sino al tempo in cui la domanda è proposta (art. 1448 c.c.). Ma ulteriori sono i presupposti per l'esercizio di tale rimedio contrattuale. L'azione giudiziaria volta a far valere la rescissione si prescrive in un anno, termine piuttosto breve; la rescissione non può essere fatta valere in via di eccezione quando si sia prescritta l'azione, a differenza del caso dell'annullabilità del contratto; il contratto rescindibile non può essere convalidato dal soggetto legittimato ad impugnarlo (art. 1451 c.c.); la rescissione può essere evitata dalla parte contro la quale è proposta mediante l'offerta di una

3 Per un approfondimento della relazione tra le norme contrattuali del codice civile e quelle contenute in leggi speciali ad esso collegate: ADDIS, F.: "Il codice del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto", in *Studi in onore di Davide Messinetti*, (a cura di F. RUSCELLO), I, Napoli, 2008, p. 15 ss.

4 La sfasatura tra programma ed esecuzione, corrispondente a vizi funzionali del sinallagma, viene evidenziata già da BARCELONA, P.: *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 363 ss.

modifica del contratto originario sufficiente a ricondurlo ad equità, attraverso il superamento o l'attenuazione della sproporzione (art. 1450 c.c.).

Tuttavia, vi è da rilevare come la disciplina contenuta nel codice civile fornisca, di fatto, una protezione poco efficace per il soggetto debole. Il rimedio della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione (art. 1467 c.c.) è praticamente poco utilizzato e non se ne fa un efficace ricorso neanche in questo particolare momento legato alla pandemia da Covid 19 e quindi alla effettiva possibilità che tale evento straordinario e imprevedibile possa incidere sull'equilibrio delle prestazioni contrattuali⁵. Ugualmente, l'istituto della rescissione è assai poco applicato perché presuppone numerose condizioni per il suo esercizio, soggiace ad evidenti limiti e, pertanto, trova poche conferme pratiche: l'eccezionalità del rimedio sta nel fatto che non tutti i contratti stipulati a condizioni inique sono rescindibili, ma soltanto quelli rispetto ai quali ricorrono tutti gli elementi che caratterizzano la fattispecie, e ricorrono tutti contemporaneamente⁶.

Oltre la disciplina generale del contratto, in termini ancor più specifici, il legislatore individua rimedi volti a mantenere l'equilibrio tra le prestazioni contrattuali anche all'interno della disciplina dei singoli contratti tipici: così, ad esempio, le norme sul contratto di appalto regolano, quale elemento naturale, l'onerosità o difficoltà nell'esecuzione delle prestazioni, soprattutto dell'appaltatore, prevedendo la possibilità della revisione dei prezzi nel caso in cui, per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto tra le parti (art. 1664, primo comma, c.c.). In tale ipotesi, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo concordato, pur se per la parte che eccede il decimo. Inoltre, qualora nel corso dell'opera, per cause geologiche, idriche e simili, sopraggiungano difficoltà di esecuzione che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto ad un equo compenso (art. 1664, secondo comma, c.c.). Anche nell'appalto dunque, tipico contratto di impresa, l'interesse dei contraenti alla realizzazione di un determinato risultato dedotto in contratto non esclude ma anzi pone in evidenza il rilievo delle vicende che possono intercorrere tra la conclusione del contratto e il raggiungimento del risultato prefissato. La norma in esame tende a garantire al rapporto giuridico

5 Più in generale, per quanto riguarda l'impatto che la pandemia da Covid 19 ha avuto sul consumatore, in una prospettiva interdisciplinare: AA.VV.: *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del Covid-19*, a cura di V. RIZZO, L. MEZZASOMA, E. LLAMAS POMBO e G. BERTI DE MARINIS, Napoli, 2021.

6 Un'analisi dell'istituto della rescissione in relazione alle regole di mercato ed alla circostanza che può ricorrere uno squilibrio oggettivo tra le parti che prescinde dallo stato di bisogno in senso stretto: BARCELONA, P.: *Diritto privato e società moderna*, cit., p. 352 ss.

una flessibilità funzionale all'attuazione del programma concordato e consente ad entrambi i contraenti il controllo del sinallagma durante l'esecuzione⁷.

Gli esempi potrebbero essere tanti e ulteriori, si pensi anche alla regola finale posta a chiusura delle norme sulla interpretazione del contratto secondo la quale, qualora nonostante l'applicazione delle disposizioni dettate (artt. 1362 - 1369 c.c.) il contratto rimane ancora di significato oscuro, «esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se a titolo oneroso» (art. 1370 c.c.). Si tratta di soluzioni giuridiche tutte rispondenti alla medesima *ratio*: consentire e incentivare la contrattazione tra le parti ma, al tempo stesso, garantire la proporzionalità delle prestazioni, evitare situazioni di approfittamento di una parte rispetto all'altra, offrendo se necessario una modificazione del contratto idonea a ristabilire il turbato equilibrio delle prestazioni.

La fitta trama dei rapporti contrattuali, pertanto, è caratterizzata dalla previsione di principi di simmetria tra le posizioni contrattuali, di conservazione degli atti giuridici, di rimedi volti a ricondurre ad equità le prestazioni assunte, di rimedi volti ad integrare, se necessario, il contenuto contrattuale liberamente deciso dalle parti⁸: tale è il contesto normativo entro il quale, progressivamente, si delinea in modo autonomo la figura del consumatore e il ruolo dallo stesso assunto in una contrattazione sempre più frequente e frenetica. Il contratto che vede la partecipazione del consumatore e dell'imprenditore peraltro, di per sé, sin dal suo sorgere e non per cause sopraggiunte, regola tra le parti un rapporto non paritario né da un punto di vista economico né da un punto di vista di potere negoziale⁹.

Il diritto delle regole deve mostrarsi in grado di recepire la geometria variabile delle tradizionali categorie giuridiche, dovuta al mutamento sociale ed economico degli ultimi decenni, prendendo atto della evoluzione dell'attività produttiva, dell'intensificazione delle offerte commerciali rimesse alla concorrenza competitiva tra i vari produttori e alle valutazioni di profitto da questi compiute, della possibilità di procurarsi beni di consumo anche attraverso proposte finanziarie accessibili a

7 Sulla rilevanza del principio di proporzionalità nell'appalto: POLIDORI, S.: "L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nell'appalto: proporzionalità, ragionevolezza e «giusto rimedio» nella soluzione dei problemi applicativi", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 569 ss.

8 Si pensi alla c.d. volontà assistita ovvero una particolare forma di integrazione del consenso, di cui ne costituisce esempio la normativa delle locazioni di immobili urbani (l. 27 luglio 1978, n. 392, d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito con modificazioni dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, e successive norme in materia); MARINELLI, F.: *Gli itinerari del codice civile*, cit., p. 74. Per quanto riguarda l'analisi di tali dinamiche contrattuali: CHIARELLA, L.M.: *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, Milano, 2016.

9 Cfr. ZOPPINI, A.: "Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "codici di settore" (lo *ius variandi* nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 136 ss.; ZOPPINI, A.: "Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza", *Riv. coop.*, 2008, p. 49 ss.

tutti¹⁰. Il quadro si completa se si pone mente allo straordinario sviluppo della tecnologia e, oggi, all'inevitabile ruolo svolto anche dalla robotica e dall'intelligenza artificiale come strumento di intensificazione dei rapporti commerciali: tutte variabili che hanno reso necessario qualificare, da un punto di vista giuridico, il consumatore e valutare l'idoneità degli strumenti giuridici volti alla sua tutela¹¹.

II. LA CONTRATTAZIONE DI SERIE, I CONTRATTI PER ADESIONE E LA TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE.

Ci si è soffermati su alcuni istituti giuridici riguardanti il contratto in generale e si è rilevata la possibilità che essi costituiscano un primo rimedio che contemperi l'efficacia del contratto con la funzionalità dello stesso, quale strumento di soddisfazione di reciproci interessi nel segno della proporzionalità tra le prestazioni.

Sempre all'interno delle disposizioni generali sul contratto, il legislatore, oltre a disciplinare, con gli istituti già presi in considerazione, strumenti volti a garantire, da un punto di vista oggettivo, il perdurante equilibrio tra le prestazioni contrattuali, volge attenzione anche alla disciplina del profilo soggettivo, riguardante l'«essere» dei soggetti coinvolti, le modalità di formazione e di manifestazione della volontà contrattuale che dovrebbe esprimersi attraverso un consenso libero, consapevole, autodeterminato.

Il codice civile considera, in modo particolare, le forme di contrattazione per adesione, all'interno delle previsioni degli artt. 1341 e 1342 c.c. in cui si tende a mantenere un equilibrio tra le posizioni contrattuali delle parti attraverso la formazione di un accordo che tuteli l'esigenza di conoscenza di quanto sottoscritto. Entrambe le disposizioni si rivolgono essenzialmente alla contrattazione di serie. La prima norma disciplina le condizioni generali di contratto, ossia quelle clausole contrattuali predisposte da uno soltanto dei contraenti che «sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovute conoscerle usando l'ordinaria diligenza». La seconda disposizione, invece, riguarda il contratto concluso mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, già predisposti unilateralmente da una sola delle parti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali: le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle originarie qualora siano incompatibili con queste ultime, anche se non sono state cancellate.

¹⁰ Si segnala in proposito: FRANZONI, M.: "Il contratto nel mercato globale", *Contr. impr.*, 2013, I, p. 69 ss.; PERLINGIERI, P.: "Diritto dei contratti e dei mercati", *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 877 ss.; FERRI, G.B.: "La "cultura" del contratto e le strutture del mercato", *Diritto privato europeo e categorie giuridiche*, a cura di N. LIPARI, Napoli, 1998, p. 177 ss.

¹¹ Con riguardo agli effetti che l'impiego della robotica sta creando in numerosi ambiti della vita privata: PERLINGIERI, C.: "L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici", *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1236 ss.

Pertanto, al codice civile italiano, sin dal 1942, non sfugge la percezione che vi possano essere schemi contrattuali in cui taluno, soggetto forte, predisponga unilateralmente condizioni generali di contratto, da valere nei confronti del soggetto debole, ed anzi il testo normativo si preoccupa di riconoscerne la efficacia qualora sia soddisfatta un'esigenza di conoscenza o di conoscibilità. Così come il codice individua situazioni nelle quali la regolamentazione dei rapporti giuridici avviene in modo uniforme e ripetitivo, prevedendo a tal fine la figura del contratto concluso mediante moduli o formulari e disciplinando la possibile prevalenza delle clausole aggiunte al modulo già unilateralmente predisposto.

Le fattispecie regolate, rispettivamente, dagli artt. 1341 e 1342 c.c., nonostante la sopravvenuta normativa di settore, hanno riscontro pratico ed una riconosciuta efficacia giuridica. In tali norme, da un punto di vista terminologico, non si parla né di consumatore né di imprenditore, eppure tali figure si evincono dalla contrapposizione tra colui che predispose unilateralmente le condizioni generali di contratto e i contratti conclusi mediante moduli o formulari, e colui che invece può aderire o meno e, se necessario, sottoscrivere in modo espresso talune clausole particolarmente onerose perché vessatorie.

Se si torna indietro nel tempo e si collocano le citate previsioni nell'esatto contesto in cui sono entrate in vigore, esse si lasciano apprezzare sia per il contenuto sia per la funzione svolta nei termini sopra specificati, sottolineando altresì come il dettato normativo, rimasto invariato nel corso degli anni, abbia anticipato la visione di un'economia liberale basata su una intensa contrattazione di serie, predisponendo meccanismi di tutela della parte che non partecipa in modo attivo alla determinazione del testo contrattuale e che si trova nell'alternativa tra il concludere o meno un contratto già formato nel suo contenuto essenziale. I margini di trattativa sono notevolmente ridotti e limitati ad aspetti poco essenziali nella dinamica del rapporto.

Ma, anche in tali casi, le previsioni degli artt. 1341 e 1342 c.c. non garantiscono una tutela sempre efficace del contraente debole. Anche in tali fattispecie, infatti, potrebbe accadere che l'aderente, di fronte alla formula che richiama le clausole onerose, firmi meccanicamente senza leggerne prima il contenuto o leggendolo velocemente, in considerazione delle modalità in cui tali clausole sono scritte e dei tempi ristretti della contrattazione che non consente una adeguata riflessione sul testo. Inoltre, anche ammesso che l'aderente legga e comprenda il significato contrattuale delle stesse, ben difficilmente ne potrebbe ottenere una modifica da parte del predisponente: pertanto, si troverà nella alternativa tra il sottoscrivere quel contratto o il non sottoscriverlo; raramente potrà trattare ed ottenere eventuali modifiche.

L'emersione di tali esperienze, sempre più frequenti ma anche sempre più problematiche, ha fatto sì che, nel tempo e recuperando un concetto storico di rilevante significato, si sia profilato lo *status*¹² di consumatore, contrapposto o comunque distinto dallo *status* di imprenditore commerciale, pur se, con riguardo a quest'ultimo, occorre precisare che non sempre l'essere imprenditore significa rivestire automaticamente una posizione contrattuale forte: si pensi a tutti i casi in cui il contratto intercorre tra due imprenditori di cui uno riveste di fatto una posizione privilegiata e dominante rispetto all'altro.

La caratteristica dei nuovi *status* è data dal fatto che essi non costituiscono un *prius* che risale alla nascita del soggetto e lo ingloba naturalmente in una data categoria sociale; essi piuttosto costituiscono un *posterius* rispetto alla situazione di partenza in quanto si generano successivamente a seguito del verificarsi di condizioni personali particolari: così lo *status* di consumatore è coincidente con l'identità di colui che domanda sul mercato beni o servizi; lo *status* di professionista è collegato a colui che offre sul mercato i beni o i servizi richiesti; lo *status* di conduttore individua tutti coloro che soddisfano l'esigenza abitativa attraverso il contratto di locazione. E tali *status* corrispondono ad altrettanti *status* sociali¹³.

12 Il concetto di *status*, le sue origini nell'ambito familiare e rifacendosi quindi agli *status* della società romana classica ossia lo *status familiae, civitatis e libertatis*, viene efficacemente ripreso e approfondito nella sua evoluzione storica da H. Maine (Kelso, Scozia, 1822 – Cannes, 1888), giurista e storico inglese che, a metà dell'Ottocento, con il suo libro *Ancient Law* approfondisce il tema: MAINE, H.S.: *Ancient Law*, London, 1861, che può leggersi in lingua italiana in MAINE, H.S.: *Diritto antico*, a cura di V. Ferrari, in *Civiltà del diritto*, 63, Milano, 1998. Il rapporto tra *status* e capacità viene approfondito, poi, da ALPA, G.: *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993, il quale ripercorre il concetto nella sua evoluzione storica e tratteggia una società basata sugli *status* in cui l'appartenenza ad una classe sociale era stabilita dalla nascita, l'ordine della società medievale era il riflesso dell'ordine divino e il servo della gleba diviene il simbolo di tale ordine. Né la situazione migliora nei secoli seguenti dove, tuttavia, lo *status* individua situazioni sociali ed economiche nuove, diverse ma pur sempre caratterizzate dall'individuare una situazione della persona connessa con la sua appartenenza ad una data comunità: si pensi, appunto, allo *status* di consumatore. Per ulteriori approfondimenti sullo *status* che tende a svilupparsi anche nel settore dell'economia, MARINELLI, F.: *Itinerari del codice civile*, cit., p. 75.

Sugli *status* nel diritto romano, appare utile il richiamo a VOLTERRA, E.: *Istituzioni di diritto privato romano*, ristampa, Roma, 1980, p. 50, il quale ritiene che «la nozione di *status* nel diritto romano vada intesa come la posizione giuridica che un individuo assume di fronte alla comunità organizzata nello Stato romano, cioè il complesso dei diritti e dei doveri, dei quali l'ordinamento giuridico statale gli riconosce la capacità di essere rispettivamente soggetto attivo e passivo».

Ancora, si legga in proposito RESCIGNO, P.: *Manuale del diritto privato italiano*, VII ed., Napoli, 1986, che, dopo aver esaminato gli stati tradizionali, quali quelli di libertà, di cittadinanza, di famiglia, indica, con il termine *status*, «la situazione di una persona connessa con la sua appartenenza ad una comunità» (p. 148). L'autore ricorda come, nel linguaggio normativo la parola *status* compaia anche con riguardo a situazioni episodiche e contingenti, come lo *status* di pericolo o lo *status* di bisogno (di cui si è parlato, ad esempio, con riguardo alla rescissione del contratto): «più correttamente, per i fatti contemplati in quelle norme, dovrebbe preferirsi il termine "situazioni"», pur avvertendo che anche tale termine si presta a significati diversi (p. 150).

13 Vengono individuati prevalentemente due modi di atteggiarsi dello *status*: lo *status* inteso come posizione, tendenzialmente stabile o permanente, dell'essere umano rispetto ad una collettività, da cui trae forza e identità, detto *status* comunitario; lo *status* inteso come qualità essenziale che individua un essere umano come soggetto ossia come entità invariabile, a prescindere dalle vicende che in relazione alla detta qualità potrebbero verificarsi, detto *status* individualistico o soggettivistico: CORASANITI, A.: "Stato delle persone", *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 948 ss. Si veda anche, sull'argomento, BERNARDINI, M.G.: "Il soggetto vulnerabile. "Status" e prospettive di una categoria (giuridicamente) controversa", *Riv. fil. dir.*, 2017, p. 365 ss.

In questa nuova prospettiva, è sempre il contratto che si pone come l'atto che media tra le due posizioni con una funzionalità plurima: esso è strumento essenziale per il soddisfacimento di bisogni sempre più vari dei consumatori e, al tempo stesso, fonte di profitto per l'imprenditore, il quale non soltanto studia quali e quante siano le tecniche più agevoli per la conclusione degli affari ma supera anche i confini della tipicità e crea nuove soluzioni negoziali atipiche.

III. I CONTRATTI DEL CONSUMATORE E IL CODICE DEL CONSUMO.

Lo scenario è caratterizzato da temi e questioni nuovi che sorpassano con l'avvento della tecnologia; quest'ultima, infatti, ha dato vita a nuove modalità di conclusione dei contratti, agevolandone il perfezionamento a condizioni giuridiche nuove.

La più accentuata serialità che si riscontra nella contrattazione in esame consegue ad una grande varietà di modelli contrattuali ideati ed adattati a qualsiasi tipologia di consumatore con qualsiasi tipo di capacità reddituale. Inoltre, l'estrema rapidità nella conclusione delle transazioni commerciali, l'apposizione di firme digitali su dispositivi informatici che prescindono dal requisito di forma cartacea, quasi scomparso, consentono al consumatore di «intuire» il contenuto di un contratto che gli verrà inviato, forse e successivamente, per posta elettronica. Si ha la sensazione che l'altra parte del contratto, ossia l'imprenditore/professionista o, per lui, l'operatore commerciale autorizzato alla contrattazione, riduca la fase della trattativa ad una mera attività esecutiva di una serie di atti in successione quasi meccanica tra loro e si constata, purtroppo, che il delicato momento della formazione del consenso viene sostituito da condotte oggettivate in percorsi informatici già prestabiliti e non più discutibili¹⁴. Si ha la sensazione, peraltro corrispondente alla realtà, che in tale forma di contrattazione il pensiero sia stato sostituito dal calcolo informatico e che l'algoritmo, basato su formule oggettive e svincolate da qualsiasi intuizione dell'essere vivente, abbia preso il posto del ragionamento.

Si tratta di prendere atto di queste nuove modalità operative e del fatto che non si possa prescindere da una contrattazione che comunque vivacizza il mondo degli affari e soddisfa gli interessi sempre più vari dei consumatori. Una contrattazione di cui sta diventando protagonista un nuovo interlocutore: l'intelligenza artificiale la quale, attraverso l'interazione di una combinazione di formule, il ricorso a procedimenti digitali, l'elaborazione dei dati, avvicina il diritto all'informatica, o

¹⁴ Per un approfondimento della tematica dei contratti telematici contenenti clausole vessatorie: BATELLI, E.: "Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione *on line* delle clausole vessatorie", *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1035 ss. Sulla espansione della tecnologia robotica anche con riguardo ai rapporti di diritto privato e alla protezione del consumatore: PERLINGIERI, C.: "L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici", in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1235 ss.

forse l'informatica al diritto, e ciò non solo nell'ambito dell'attività negoziale¹⁵. Certamente, il ruolo svolto dall'intelligenza artificiale è notevole e intensifica una problematica che riguarda non soltanto i casi in cui l'utilizzo dell'informatica rappresenta un mezzo di comunicazione della volontà ma anche quei casi in cui il computer agisce in modo automatico ed autonomo in relazione ad una assoluta prevedibilità del comportamento del consumatore¹⁶.

Tuttavia, nonostante lo sforzo ricostruttivo ed interpretativo volto a ricercare, all'interno del sistema, i mezzi giuridici più utili per una tutela efficace del consumatore, si è reso necessario intervenire dapprima con l'introduzione nel codice civile degli artt. 1469 bis ss. c.c., poi abrogate¹⁷; successivamente con l'entrata in vigore del codice del consumo, ossia il d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206: le regole di riferimento, infatti, dal codice civile si sono trasferite nel codice del consumo, pur rimanendo in vigore gli artt. 1341 e 1342 c.c., compatibilmente con la nuova normativa. Una normativa in continua evoluzione per essere più aderente alle tematiche legate alla contrattazione con il consumatore: in proposito, si vuole fare riferimento, da un lato, al d. lgs. 4 novembre 2021, n. 170, relativo ai contratti di vendita di beni che sostituisce il capo I, del titolo III, della parte IV del codice del consumo (artt. 128 ss.)¹⁸; dall'altro, al d. lgs. 4 novembre 2021, n. 173, relativo ai contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, che, dopo il capo

15 FRANZONI, M.: "Lesione dei diritti della persona, tutela della privacy e intelligenza artificiale", *Jus civile*, 2021, I, p. 4 ss.

16 Le nuove tematiche introdotte dall'intelligenza artificiale hanno progressivamente interessato la dottrina civilistica italiana. In particolare, di recente: PERLINGIERI, P.: "Sul trattamento algoritmico dei dati", *Tecn. e dir.*, 2020, p. 184 ss.; PROIETTI, G.: *La responsabilità nell'intelligenza artificiale e nella robotica*, Milano, 2020, p. 113 ss.; FIDOTTI, S.: "Nuove forme contrattuali nell'età della Blockchain e del Machine Learning. Profili di responsabilità", in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di G. ALPA, Pisa, 2020, p. 325 ss.; FRATTARI, N.F.: "Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell'intelligenza artificiale", *Contr. impr.*, 2020, p. 458 ss.; RINALDI, G.: "Smart contract: meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain", *ivi*, p. 343 ss. E ancora, PROTO, M.: "Questioni in tema di intelligenza artificiale e disciplina del contratto", in *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022, p. 175 ss.; NERVI, A.: "La trattativa robotica", *ivi*, p. 283 ss.; DI GIOVANNI, F.: *Sui contratti delle macchine intelligenti*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. RUFFOLO, Milano, 2020, p. 251 ss. Con riferimento specifico al trattamento dei dati personali da parte di banche dati e alla tutela del diritto alla riservatezza, non possono non essere ricordate le pagine di FROSINI, V.: *Informatica, diritto e società*, Milano, 1988, e quelle di RODOTÀ, S.: *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973; RODOTÀ S.: "La privacy tra individuo e collettività", in *Pol. dir.*, 1974, p. 545 ss. attività, in *Pol. dir.*, 1974, p. Illo sociale, Bologna, 1973; Id., la privacy tra individuo e collettività, in *Pol. dir.*, 1974, p. attività, in *Pol. dir.*, 1974, p. Illo sociale, Bologna, 1973; Id., la privacy tra individuo e collettività, in *Pol. dir.*, 1974, p.

17 L'evoluzione normativa segue lo sviluppo di una tematica sempre più sentita e oggetto di approfondimento. Pertanto, gli interventi dottrinali successivi all'introduzione degli artt. 1469 bis ss. c.c. sono immediati: CASTRONOVO, C.: "Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive", *Europa e diritto privato*, 1998, p. 5 ss.; ROPPO, V., "La nuova disciplina delle clausole vessatorie: spunti critici", *Europa e diritto privato*, 1998, p. 65 ss. Sul rapporto tra contrattazione di impresa e diritto dei consumatori: BARCELLONA, P.: *Diritto privato e società moderna*, cit., p. 379 ss., nelle cui pagine si approfondisce la relazione tra autonomia privata, contratto, impresa e mercato.

18 Il d. lgs. n. 170 del 2021 è stato adottato in attuazione della direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE e che abroga la direttiva 1999/44/CE.

I, del titolo III, della parte IV del codice del consumo, inserisce il Capo I-bis (artt. 135 *octies* ss.)¹⁹.

Il codice del consumo tratteggia l'identità del consumatore e anche dell'utente, lo pone in relazione con il professionista-imprenditore, ne cura i diritti fondamentali e gli offre gli strumenti di tutela più efficaci²⁰.

Da un punto di vista oggettivo, i diritti dei consumatori, individuali e collettivi, sono riconosciuti e garantiti dall'art. 2, cod. cons., ed essi sono qualificati come «diritti fondamentali», secondo un elenco che comprende: il diritto alla tutela della salute; alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; all'esercizio delle pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà; all'educazione al consumo; alla correttezza, alla trasparenza e all'equità dei rapporti contrattuali; alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo tra i consumatori e gli utenti; all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza. L'aver riconosciuto dei diritti fondamentali in favore del consumatore pone il decreto legislativo in esame in perfetta sincronia con i principi affermati nella Costituzione e con una lettura costituzionalmente orientata delle norme che, ad oggi, costituisce un criterio interpretativo efficace e coerente con il sistema.

Da un punto di vista soggettivo, il testo normativo in esame individua preliminarmente i protagonisti delle vicende contrattuali attraverso la definizione delle nozioni di «consumatore o utente» e del «professionista» e ciò a differenza dell'art. 1341 c.c. che si riferisce a qualsiasi predisponente e a qualsiasi aderente e applica la nuova disciplina soltanto ai contratti in cui aderente sia un consumatore e predisponente sia un professionista. Le due figure sono definite dall'art. 3 cod. cons., secondo il quale il professionista è «la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale»; il consumatore o utente è, invece, «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta».

L'ambito disciplinato dal codice del consumo per quanto riguarda i soggetti è più ristretto di quello disciplinato dall'art. 1341 c.c.: il primo, infatti, si riferisce soltanto al consumatore nella relazione con il professionista; il secondo, invece, riguarda qualsiasi contraente che si pone nei confronti di colui che predispone il contenuto contrattuale. Da altre prospettive, invece, le previsioni del codice del consumo

19 Il d. lgs. n. 173 del 2021 è stato adottato in attuazione della direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali.

20 Cfr. MEMMO, D.: «Le finalità e l'oggetto del Codice», in *Codice ipertestuale del consumo*, (diretto da M. FRANZONI), cit., p. 5 ss.

sono più ampie di quelle risultanti dall'art. 1341 c.c.: quest'ultimo riguarda soltanto i contratti standard, predisposti per regolare in maniera uniforme un indefinito numero di rapporti giuridici; la nuova disciplina, invece, non si applica soltanto alle contrattazioni che si ripetono in serie ma si applica anche ai contratti relativi ad un singolo affare con un singolo cliente, purché predisposti unilateralmente dal professionista e non negoziati con il consumatore: il codice del consumo regola, pertanto, tutti i contratti conclusi tra professionista e consumatore e non solo i contratti standard.

IV. LA VESSATORIETA' DELLE CLAUSOLE CONTRATTUALI QUALE CAUSA DI SIGNIFICATIVO SQUILIBRIO NEL RAPPORTO TRA CONSUMATORE E PROFESSIONISTA.

Il codice del consumo disciplina, poi, in modo dettagliato un punto nevralgico della contrattazione tra consumatore e professionista ossia quello riguardante le clausole vessatorie che normalmente sono inserite all'interno del contenuto contrattuale. Sono vessatorie quelle clausole «che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto» (art. 33, primo comma)²¹.

Il criterio posto a fondamento del concetto di vessatorietà consiste innanzi tutto nel «significativo squilibrio» delle posizioni contrattuali, criterio generale meglio specificato nei commi successivi dell'art. 33. Ad esempio, sono considerate vessatorie le clausole che escludono o limitano la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista (art. 33, secondo comma, lett. a); e ancora, quelle che riservano al professionista di aumentare il prezzo del bene venduto o del servizio prestato senza che il consumatore possa recedere dal contratto se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto (art. 33, secondo comma, lett. o). Occorre precisare che, ai sensi dell'art. 34, secondo comma, cod. cons., la valutazione del carattere vessatorio di una clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile.

Da altra prospettiva, invece, la vessatorietà di una clausola è valutata sulla base di tre criteri positivi: la natura del bene o del servizio oggetto del contratto, ad esempio in relazione a determinate modalità di pagamento del prezzo; le

²¹ Sulle clausole vessatorie, in generale: AA.VV.: *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, a cura di A. BELELLI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO, Napoli, 2014; MINERVINI, E.: *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999; PATTI, S.: "Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore", *Tratt. contr.*, diretto da P. RESCIGNO, a cura di E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, I, Torino, 1999, 311 e 317 ss.; DE NOVA, G.: *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996.

«circostanze esistenti al momento della sua conclusione»; la presenza di «altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende», nel senso che una clausola in sé e per sé fonte di squilibrio, potrebbe tuttavia essere giudicata non vessatoria qualora risultasse riequilibrata da un'altra clausola dello stesso contratto o di un contratto collegato con quello sotto giudizio, che dispongano significativi vantaggi per il consumatore (art. 34, primo comma, cod. cons.).

La vessatorietà, inoltre e come già rilevato, può ricorrere «malgrado la buona fede», criterio quest'ultimo che, in termini di lealtà e correttezza, completa il concetto di significativo squilibrio contrattuale (33, primo comma, cod. cons.), con la conseguenza che la valutazione del carattere vessatorio prevale sul comportamento in buona fede.

La tutela del consumatore, ancora, si completa con la specifica previsione di una presunzione *iuris tantum* circa la natura vessatoria delle clausole contrattuali nel senso che esse «si presumono vessatorie fino a prova contraria», secondo l'indicazione contenuta sempre nel citato art. 33, secondo comma, cod. consumo.

Complessivamente, le clausole vessatorie possono convenzionalmente classificarsi in due categorie: clausole di sbilanciamento e clausole di sorpresa. Le prime, tendono ad evitare il significativo squilibrio che si manifesta come «asimmetria delle posizioni sostanziali o processuali delle parti» e, come esempio, si può ricordare alla clausola che riduce la responsabilità del professionista. Le seconde, tendono ad evitare che il consumatore subisca uno squilibrio contrattuale dopo la conclusione del contratto a seguito del verificarsi di «situazioni contrattuali imprevedibilmente diverse da quelle che, secondo ragionevolezza, egli poteva attendersi»: l'effetto sorpresa può riguardare la formazione o la permanenza del vincolo contrattuale, il contenuto del regolamento contrattuale, la stessa identità della controparte.

Una clausola, inoltre, pur presentando a prima vista i caratteri della vessatorietà potrebbe non essere tale in quanto il suo contenuto coincide con quello di disposizioni di legge o di convenzioni internazionali (34, terzo comma, cod. cons.); così come «non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale» (34, quarto comma, cod. cons.). Tale ultima disposizione, peraltro, andrebbe applicata con cautela in quanto la trattativa privata non garantisce in modo automatico che il consumatore abbia effettivamente acquisito un consenso informato e consapevole, con il rischio che il metodo della trattativa individuale possa costituire un modo per eludere l'applicazione delle norme poste a tutela del consumatore. Tuttavia, un limite all'applicabilità della citata norma può individuarsi nella previsione dell'art. 36, secondo comma, che disciplina la nullità di alcune clausole che, pur se concordate a trattativa privata, riguardano determinate ipotesi. Esse sono: quelle che escludono o limitano la responsabilità

del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista; quelle che escludono o limitano le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista; quelle che prevedono l'adesione del consumatore come estesa a tutte le clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto (art. 36, secondo comma, cod. cons.).

Su tale aspetto, peraltro, l'art. 34, quinto comma, afferma che: «nel contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, incombe sul professionista l'onere di provare che le clausole o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore». La circostanza che l'onere della prova gravi sul professionista si giustifica con la necessità di tutelare il soggetto debole del rapporto e spiega perché, nonostante la vigenza del codice del consumo, si continui a fare riferimento nelle singole contrattazioni agli artt. 1341 e 1342 c.c.

Di rilievo, altresì, la previsione del canone di interpretazione delle clausole contrattuali secondo il quale alle stesse va attribuito il significato più favorevole per il consumatore (art. 35, cod. cons.). Tale disposizione si ricollega idealmente all'art. 1370 c.c. secondo il quale le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti, si interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro.

E, ancora, l'art. 36, primo comma, cod. cons., prevede, significativamente, la «nullità di protezione» ossia un particolare tipo di nullità che colpisce soltanto le clausole considerate vessatorie, mantenendo la validità del contratto per il resto. La norma appare coerente con il principio di conservazione del contratto e la tutela del contraente debole nel senso che, espunte dal testo le clausole vessatorie, l'accordo mantiene la funzione di regolamentazione dei privati interessi economici. Inoltre, la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice²².

V. IL DIVIETO DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE.

L'esperienza maturata in relazione a comportamenti commerciali scorretti, realizzati dagli operatori attraverso condotte dolose, minacciose, insistenti

²² Su tale aspetto: POLIDORI, S.: *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016; RUSSO, D.: "Rilievo officioso e nullità di protezione", *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 139 ss.; RECINTO, G. e NUCCIO, M.R.: "Le nullità di protezione", in AA.VV.: *Diritti e tutele dei consumatori*, a cura di G. RECINTO, L. MEZZASOMA e S. CHURTY, Napoli, 2014, 143 ss.; PRISCO, I.: *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012; GENTILI, A.: "La 'nullità di protezione'", *Europa diritto privato*, 2011, 4, 79 ss.

e fastidiose, comunque tali da alterare considerevolmente la capacità di autodeterminazione consapevole del destinatario di tali condotte, ha portato il legislatore dapprima a disciplinare l'attività pubblicitaria ingannevole (d. lgs. 2 agosto 2007, n. 145) e successivamente, in un contesto più ampio, a disciplinare il comportamento commerciale del professionista rivolto al consumatore. Pertanto, il codice del consumo riordina anche i comportamenti del professionista che possono alterare la corretta autodeterminazione del consumatore attraverso il divieto delle pratiche commerciali scorrette.

Tali pratiche possono consistere in qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità, posta in essere da un professionista in relazione alla promozione, vendita o fornitura di prodotti ai consumatori, che sia idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale ed è falsa o è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge²³.

La normativa sulle pratiche commerciali scorrette, introdotta all'interno del codice del consumo dal d. lgs. 23 ottobre 2007, n. 146 e successive modificazioni e integrazioni, rimodula anche la disciplina della pubblicità ingannevole inserendola in un contesto più ampio riguardante il comportamento commerciale del professionista-imprenditore che, attraverso messaggi persuasivi e slogan, può colpire la sensibilità del destinatario, soprattutto se anziano o minore, ed indurlo a tenere una condotta commerciale che altrimenti non avrebbe tenuto²⁴.

Il divieto delle pratiche commerciali scorrette riguarda le due forme delle pratiche commerciali ingannevoli e delle pratiche commerciali aggressive (artt. 18 ss., cod. cons.): entrambe sono vietate e sono caratterizzate da contrarietà alla diligenza professionale, da falsità e idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio. Più in particolare, le pratiche commerciali ingannevoli, contengono informazioni non corrispondenti al vero o comunque idonee ad indurre in errore il consumatore medio (artt. 21 ss., cod. cons.); le pratiche commerciali

23 Per il ruolo che il messaggio pubblicitario svolge nei confronti del consumatore medio: SEMINARA, A.P.: "Libertà del consumatore e psicologia della pubblicità", *Contr. impr.*, 2020, p. 493 ss.

24 Per un approfondimento della disciplina di recepimento della direttiva 2005/29/CE introdotta dagli artt. 18 ss., cod. cons., e dei decreti di attuazione (d. lgs. 2 agosto 2007, n. 145 e d. lgs. 2 agosto 2007, n. 146), si vedano: MAGLI, C.: "Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici nel contesto della responsabilità sociale d'impresa", *Contr. impr.*, 2019, p. 716 ss.; MARINO, G.: "Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contatto del consumatore", *Contr. impr. Europa*, 2014, p. 137 ss.; BARGELLI E., DI NELLA L. e DI RAIMO, R.: *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2008; GRANELLI, C.: "Le 'pratiche commerciali scorrette' tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo", *Obbl. contr.*, 2007, p. 776 ss.; LIBERTINI, M.: "Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette", *Contr. impr.*, 2009, p. 73 ss.

aggressive, invece, sono caratterizzate da molestie, coercizione, ricorso alla forza fisica che limitano o sono idonee a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio (artt. 24 ss., cod. cons.). Le norme, poi, sono ancora più dettagliate ed individuano ulteriori comportamenti da ricondurre all'una o all'altra pratica commerciale scorretta. E' pur vero che le pratiche commerciali scorrette, siano esse ingannevoli o aggressive, evocano gli istituti del dolo e della violenza quali vizi della volontà disciplinati dal codice civile ai fini dell'annullabilità del contratto. Tuttavia, la specifica previsione normativa in esame rende maggiormente efficace la tutela del consumatore, sancendone il divieto ed imprimendo al professionista un criterio comportamentale puntuale, preciso e rigoroso.

In questo ambito, viene anche disciplinata la modalità di comunicazione pubblicitaria, comprese le televendite, al fine di evitare situazioni di approfittamento sul consumatore, debole per motivi di paura, credulità, superstizione, età (si pensi ai minori²⁵). Inganno e aggressività, in senso lato, impediscono la formazione di un consenso libero, pieno, consapevole e ciò altera sia il comportamento del consumatore sia la libertà di concorrenza tra professionisti.

In conclusione, da un punto di vista negoziale, il codice del consumo disciplina le modalità contrattuali di conclusione dei contratti tra consumatore e professionista; le informazioni precontrattuali cui il primo ha diritto; il diritto di recesso del consumatore e tanti altri aspetti tutti finalizzati a ricomporre in equilibrio le posizioni contrattuali.

VI. IL FORMALISMO DI PROTEZIONE QUALE STRUMENTO DI TUTELA DEL CONSUMATORE E LE QUESTIONI LEGATE ALLA CONTRATTAZIONE DIGITALE.

La condizione di debolezza che caratterizza, come appare evidente, la posizione del consumatore a fronte di una posizione dominante che è quella del professionista, ha portato il legislatore a prevedere il requisito della forma scritta *ad substantiam*, in particolare la forma dell'atto pubblico, tutte le volte in cui sia possibile il verificarsi di una asimmetria contrattuale: la forma scritta solenne richiama l'attenzione del contraente sulla incidenza dell'atto nella sua sfera giuridica e costituisce il mezzo per garantire completezza, trasparenza, chiarezza del contenuto negoziale.

25 La posizione dei minori è molto delicata, anche in relazione ai *social networks* e alla eventuale responsabilità genitoriale in caso di uso inopportuno dei suddetti strumenti: si pensi al trattamento dei dati personali e alla sfumata distinzione tra profilo informativo e profilo consensuale. Su tali aspetti: PERLINGIERI, C.: "La tutela dei minori di età nei *social networks*", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1324 ss.

L'utilizzo della forma *ad substantiam* quale strumento di tutela del contraente debole costituisce una scelta operativa diffusa, di cui il codice del consumo costituisce una ulteriore testimonianza. Si è parlato, in proposito, di neo-formalismo per indicare i casi in cui si ascrivono «alla forma legale funzioni ulteriori rispetto a quella - tradizionalmente ricondotta agli interessi dei terzi - di garantire la certezza del traffico giuridico: la forma diventa, invece, strumento di accesso al contenuto dell'atto, di trasparente enunciazione dei termini del rapporto al duplice scopo di evitare che il consenso di una delle parti sia prestato senza la necessaria consapevolezza e che le pattuizioni informali, intervenute fra soggetti che hanno un diverso piano di conoscenza del settore commerciale di riferimento, possano costituire un mezzo surrettizio per introdurre regole squilibrate»²⁶.

Si pensi al contratto di multiproprietà (art. 69 ss., cod. cons.); si pensi anche ai contratti conclusi dagli intermediari finanziari che devono essere redatti in forma scritta a pena di nullità, con particolari cautele nel caso di offerta al pubblico di servizi fuori sede; si pensi, ancora, al contratto di subfornitura (l. 18 giugno 1998, n. 192) per il quale è prescritta la forma scritta *ad substantiam* a protezione della parte subfornitrice, con conseguente incrinazione del principio di libertà della forma del contratto²⁷.

Il neo-formalismo, allora, può intendersi come un «formalismo di protezione» del soggetto debole del rapporto contrattuale. Esso è un fenomeno studiato soprattutto nel contesto della legislazione speciale nel caso in cui la scelta è dettata da uno squilibrio nella distribuzione dei poteri di negoziare, anche quando le condizioni soggettive delle parti sembrano in apparenza identiche: è il caso, appunto, dell'imprenditore che, pur essendo tale, sia subfornitore di un altro il quale ricopre una posizione dominante sul mercato.

Vi è da segnalare, poi, come la tradizionale forma scritta basata su un documento cartaceo in determinati settori, tra i quali anche gli affari commerciali, stia lasciando spazio al documento informatico, poi trasmesso con mezzi telematici.

26 Cfr. Il pensiero riportato è di POLIDORI, S.: "Riflessioni in tema di forma dell'appalto privato", *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 695 ss. Con riferimento specifico al rapporto tra consumatore e imprenditore: JANNARELLI, A.: "La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori", cit., p. 511 ss.; POLIDORI, S.: "Forme legali poste a tutela dei consumatori: funzioni e discipline", *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 119 ss.; FAZIO, E.: *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011; BRECCIA, U.: "La forma", *Tratt. contr.* Roppo, a cura di C. GRANELLI, Milano, 2006, p. 548 ss.

27 La subfornitura viene considerata espressione di un altro fenomeno che può caratterizzare il tema trattato: il fenomeno del c.d. terzo contratto, con cui si vuole delineare una disciplina specifica, nascente da particolari esigenze di tutela, da applicare a determinati soggetti di diritti che, pur essendo imprenditore, possono comunque ricoprire una posizione contrattuale di inferiorità economica e negoziale. Pertanto, il profilo della forma può emergere anche in relazione all'imprenditore: ADDIS, F.: " 'Neoformalismo' e tutela dell'imprenditore debole", *Obbl. contr.*, 2012, p. 6 ss., anche in *Scritti in onore di Lelio Barbera*, (a cura di M. PENNASILICO), Napoli, 2012, p. 25 ss. Sulle questioni collegate al c.d. terzo contratto: TAMPONI, M.: "Liberalizzazioni, "terzo contratto" e tecnica legislativa", *Contr. impr.*, 2013, p. 91 ss.; MACARIO, F.: "Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie", *Jus*, 2009, p. 311 ss.; RUSSO, E.: "Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, terzo contratto", *Contr. impr.*, 2009, p. 120 ss.; MINERVINI, E.: "Il «terzo contratto», *Contr.*, 2009, p. 493 ss.

Tale tipologia di documento consiste nella rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti (art. 1, lett. b, d.p.r. n. 445 del 2000, confermato dall'art. 1, lett. p, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell'amministrazione digitale) e semplicemente cliccando su un tasto è possibile manifestare in via informatica il consenso del consumatore. A ciò si aggiunge lo strumento della firma digitale che, invece, consiste in un metodo di autenticazione informatica costituito da un insieme di dati in forma elettronica solitamente connessi, tramite associazione logica, ad altri dati elettronici.

Nel caso specifico, la digitalizzazione può avvenire a conclusione di una trattativa condotta con un operatore commerciale o può avvenire soltanto collegandosi via internet a siti specializzati. Pertanto, lo sviluppo della tecnologia ha modificato il modo di compiere una innumerevole quantità di operazioni contrattuali. Si parla, ad esempio, di *smart contract* volendo alludere al fatto che tutte le fasi della vicenda contrattuale - ossia ricerca e scelta della controparte, trattativa, assunzione dell'impegno, attuazione di esso ed esecuzione della prestazione - possono essere incorporate in un *software* ed espresse in forma digitale, in modo tale che la macchina informatica governi da sola l'intero ciclo contrattuale. L'accordo diviene automatizzato e le clausole contrattuali sono espresse da un codice che prefigura una serie di istruzioni «con la descrizione di condizioni all'avverarsi delle quali vengono automaticamente innescate specifiche azioni anche esse definite nel codice»²⁸.

Ciò apre a prospettive in cui le nuove modalità di conclusione dei contratti si basano su una accezione più elastica di dichiarazione, di accordo e di forma. Si assiste ad una dematerializzazione degli atti attraverso la sostituzione del supporto cartaceo e la sottoscrizione manuale autografa con supporti digitali risultanti dalla combinazione di cifre, numeri, simboli collegati tra loro da regole informatiche più che giuridiche.

Il paradigma consensualistico, che evoca l'immagine dell'accordo negoziato e della libera formazione del consenso basato sul contenuto del contratto espresso in una forma prescritta dal legislatore, sembra rimanere quasi una suggestione rispetto all'automatizzazione, anche da un punto di vista formale, consentita dagli

28 Sulle tipologie di contratto più recenti, associate all'impiego della intelligenza artificiale: PAROLA, L., MERATI, P. e GAVOTTI, G.: "Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte", *Contr.*, 2018, p. 681 ss.; DI GIOVANNI, F.: *Sui contratti delle macchine intelligenti*, cit., p. 251 ss.

strumenti del commercio elettronico²⁹. Ciò disvela orizzonti con i quali il giurista è chiamato a confrontarsi alla ricerca di adeguate soluzioni da proporre³⁰.

VII. QUALI PROSPETTIVE FUTURE.

In conclusione, l'economia contemporanea ha introdotto tecniche e forme di contrattazione alle quali è sostanzialmente estraneo il meccanismo ordinario della proposta e dell'accettazione e soprattutto, in virtù dell'autonomia privata, la possibilità di discutere il contenuto dell'accordo. Si tratta di tecniche che si sono affinate con lo sviluppo della produzione di serie, tipica dell'era industriale, all'interno di un mercato in grado di imporre le condizioni del contratto al consumatore.

Le nuove frontiere della tecnologia e dell'informatica, poi, intensificano le questioni, intrecciando insieme i profili della contrattazione con quelli del trattamento dei dati personali e con le problematiche legate all'introduzione dell'intelligenza artificiale in ambiti che, in passato, erano riservati soltanto all'intelligenza umana: l'intelligenza umana genera l'intelligenza artificiale e quest'ultima, se non prudentemente controllata, potrebbe occupare spazi riservati alla prima, superandone i limiti.

Ne rimane un consumatore che, nella freneticità della contrattazione cui non si sottrae anche per un suo interesse, deve proteggere la propria intelligenza e mantenere una vigile attenzione sui propri diritti e sulle possibilità di una loro preventiva tutela. Gli *status* di un tempo sono sostituiti dagli *status* di oggi: il consumatore di beni di consumo, l'utente di servizi, il risparmiatore nei confronti dell'intermediario finanziario, il conduttore nei confronti del locatore proprietario, il cittadino nei rapporti con la pubblica amministrazione. Tutte situazioni nei confronti delle quali non si può ragionare in termini di negazione delle stesse ma si può ragionare soltanto cercando di stabilire modelli e criteri di comportamento.

Riprendendo la formula assai nota del Maine³¹, *from status to contract*, si potrebbe registrare oggi una inversione di tendenza, *from contract to status*,

29 Il fenomeno si verifica anche nell'ambito dei mercati finanziari, all'interno dei quali le contrapposizioni sono ancor più evidenti. Per un riferimento a tali rapporti contrattuali: BERTI DE MARINIS, G.: "La tutela del cliente «vulnerabile»", *Banca borsa titoli di credito*, 2018, p. 651 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici riguardanti la tematica della vulnerabilità del consumatore anche in una prospettiva più generale.

30 Emerge, pertanto, la delicatezza del rapporto tra intelligenza artificiale e intelligenza umana in relazione alla capacità decisionale dell'apparato tecnologico: cfr. MESSINETTI, R.: "La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata", *Contr. impr.*, 2019, p. 861 ss.

31 Ci si riferisce al famosissimo lavoro nel quale il giurista inglese, a metà dell'Ottocento, riassume l'evoluzione del diritto nel progressivo trascorrere della società civile «dallo *status* al contratto»: si veda, in proposito, MAINE, H.S.: *Ancient Law*, cit. e anche MAINE, H.S.: *Diritto antico*, cit., *passim*. Si segnala, ancora: ALPA, G.: *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, citato, ove l'autore considera lo *status*

volendo con tale espressione affermare che la individuazione dello *status* di consumatore potrebbe costituire il baluardo per una difesa condivisa di interessi comuni che, organizzati insieme, possono reagire o quanto meno temperare le articolate regole del mercato.

in una prospettiva ampia in cui si intrecciano profili di identità personale, di rapporti familiari, di qualità culturali, sino a ricomprendere anche la contrattazione di serie.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del Covid-19*, a cura di V. Rizzo, L. Mezzasoma, E. Llamas Pombo e G. Berti de Marinis, Napoli, 2021.

AA.VV.: *Il diritto dei consumatori nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea*, (a cura di M. Astone), Pisa, 2021.

AA.VV.: *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, (a cura di E. Capobiano, L. Mezzasoma e G. Perlingieri), Napoli, 2019.

AA.VV.: *Codice del consumo*, (a cura di V. Cuffaro), Milano, 5ª ed., 2018.

AA.VV.: *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività, enforcement*, (a cura di L. Rossi Carleo), Torino, 2015.

AA.VV.: *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, a cura di A. Belelli, L. Mezzasoma e F. Rizzo, Napoli, 2014.

AA.VV.: *Codice ipertestuale del consumo*, (diretto da M. Franzoni), Torino, 2008.

ADDIS, F.: " 'Neoformalismo' e tutela dell'imprenditore debole", *Obbl. contr.*, 2012, p. 6 ss., anche in *Scritti in onore di Lelio Barbera*, (a cura di M. Pennasilico), Napoli, 2012, p. 25 ss.

ALPA, G. e CHINÈ, G.: "Consumatore (protezione del) nel diritto civile", *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XV, 1997, Appendice, Milano, p. 543 ss.

ALPA, G.: *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993.

ADDIS, F.: "Il codice del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto", in *Studi in onore di Davide Messinetti*, (a cura di F. Ruscello), I, Napoli, 2008, p. 15 ss.

BARCELLONA, P.: *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 352 ss.

BARENGHI, A.: *Diritto dei consumatori*, Milano, 2ª ed., 2020.

BARGELLI E., DI NELLA L. e DI RAIMO, R.: *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008.

BATTELLI, E.: "Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione *on line* delle clausole vessatorie", *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1035 ss.

BERNARDINI, M.G.: "Il soggetto vulnerabile. "Status" e prospettive di una categoria (giuridicamente) controversa", *Riv. fil. dir.*, 2017, p. 365 ss.

BERTI DE MARINIS, G.: "La tutela del cliente «vulnerabile»", *Banca borsa titoli di credito*, 2018, p. 651 ss.

BRECCIA, U.: "La forma", *Tratt. contr.* Roppo, a cura di C. Granelli, Milano, 2006, p. 548 ss.

CASTRONOVO, C.: "Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive", *Europa e diritto privato*, 1998, p. 5 ss.

CHIARELLA, L.M.: *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, Milano, 2016.

CHINÈ, G.: "Consumatore (contratti del)", *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000, p. 400 ss.

CHINÈ, G.: "Il consumatore", *Diritto privato europeo*, (a cura di N. Lipari), I, Padova, 1997.

CORASANITI, A.: "Stato delle persone", *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 948 ss.

DE NOVA, G.: *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996.

DI GIOVANNI, F.: *Sui contratti delle macchine intelligenti*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. Ruffolo, Milano, 2020, p. 251 ss.

FAZIO, E.: *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011.

FERRI, G.B.: "La "cultura" del contratto e le strutture del mercato", *Diritto privato europeo e categorie giuridiche*, a cura di N. Lipari, Napoli, 1998, p. 177 ss.

FIDOTTI, S.: "Nuove forme contrattuali nell'età della Blockchain e del Machine Learning. Profili di responsabilità", in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di G. Alpa, Pisa, 2020, p. 325 ss.

FLORIDIA, G.: "L'illecito concorrenziale fra il diritto soggettivo e la tutela dei consumatori", in AA.VV.: *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2020, p. 367 ss.

FRANZONI, M.: "Lesione dei diritti della persona, tutela della privacy e intelligenza artificiale", *Jus civile*, 2021, I, p. 4 ss.

- FRANZONI, M.: "Il contratto nel mercato globale", *Contr. impr.*, 2013, I, p. 69 ss.
- FRATTARI, N. F.: "Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell'intelligenza artificiale", *Contr. impr.*, 2020, p. 458 ss.
- FROSINI, V.: *Informatica, diritto e società*, Milano, 1988.
- GENTILI, A.: "La 'nullità di protezione'", *Europa diritto privato*, 2011, 4, p. 79 ss.
- GRANELLI, C.: "Le 'pratiche commerciali scorrette' tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo", *Obbl. contr.*, 2007, p. 776 ss.
- JANNARELLI, A.: "La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori", *Diritto privato europeo*, Padova, II, 1997, p. 489 ss.
- LIBERTINI, M.: "Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette", *Contr. impr.*, 2009, p. 73 ss.
- MACARIO, F.: "Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie", *Jus*, 2009, p. 311 ss.
- MAGLI, C.: "Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici nel contesto della responsabilità sociale d'impresa", *Contr. impr.*, 2019, p. 716 ss.
- MAINE, H.S.: *Ancient Law*, London, 1861.
- MAINE, H.S.: *Diritto antico*, a cura di V. Ferrari, in *Civiltà del diritto*, 63, Milano, 1998.
- MARINELLI, F.: *Gli itinerari del codice civile*, 3^a ed., Milano, 2008.
- MARINELLI, F.: "La tutela civile dei soggetti deboli", *Giust. civ.*, 1994, II, p. 159 ss.
- MARINO, G.: "Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contratto del consumatore", *Contr. impr. Europa*, 2014, p. 137 ss.
- MEMMO, D.: "Le finalità e l'oggetto del Codice", in *Codice ipertestuale del consumo*, (diretto da M. Franzoni), Torino, 2008, p. 5 ss.
- MESSINETTI, R.: "La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata", *Contr. impr.*, 2019, p. 861 ss.
- MINERVINI, E.: *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999.

MINERVINI, E.: "Il «terzo contratto», *Contr.*, 2009, p. 493 ss.

NERVI, A.: "La trattativa robotica", in *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022, p. 283 ss.

PAGLIANTINI, S.: *Il consumatore "frastagliato" (Istantanee sull'asimmetria contrattuale tra vicende circolatore e garanzie)*, Pisa, 2021.

PAROLA, L., Merati, P. e Gavotti, G.: "Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte", *Contr.*, 2018, p. 681 ss.

PATTI, S.: "Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore", in *Tratt. contr.*, diretto da P. Rescigno, a cura di E. Gabrielli, *I contratti in generale*, I, Torino, 1999, p. 311 ss.

PERLINGIERI, C.: "La tutela dei minori di età nei social networks", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1324 ss.

PERLINGIERI, C.: "L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici", in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1235 ss.

PERLINGIERI, P.: "Sul trattamento algoritmico dei dati", *Tecn. e dir.*, 2020, p. 184 ss.

PERLINGIERI, P.: "Diritto dei contratti e dei mercati", *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 877 ss.

POLIDORI, S.: *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016.

POLIDORI, S.: "L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nell'appalto: proporzionalità, ragionevolezza e «giusto rimedio» nella soluzione dei problemi applicativi", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 569 ss.

POLIDORI, S.: "Forme legali poste a tutela dei consumatori: funzioni e discipline", *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 119 ss.

PRISCO, I.: *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012.

PROIETTI, G.: *La responsabilità nell'intelligenza artificiale e nella robotica*, Milano, 2020.

PROTO, M.: "Questioni in tema di intelligenza artificiale e disciplina del contratto", in *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022, p. 175 ss.

RECINTO, G. e NUCCIO, M.R.: "Le nullità di protezione", in AA.VV.: *Diritti e tutele dei consumatori*, a cura di G. Recinto, L. Mezzasoma e S. Churty, Napoli, 2014, p. 143 ss.

RINALDI, G.: "Smart contract: meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain", in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di G. Alpa, Pisa, 2020, p. 343 ss. attività, in *Pol. dir.*, 1974, p. Illo sociale, Bologna, 1973; Id., la privacy tra individuo e collettività, in *Pol. dir.*, 1974, p.

RESCIGNO, P.: *Manuale del diritto privato italiano*, VII ed., Napoli, 1986.

RODOTÀ, S.: "La privacy tra individuo e collettività", in *Pol. dir.*, 1974, p. 545 ss.

RODOTÀ, S.: *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973.

ROPPO, V., "La nuova disciplina delle clausole vessatorie: spunti critici", *Europa e diritto privato*, 1998, p. 65 ss.

RUSSO, E.: "Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, terzo contratto", *Contr. impr.*, 2009, p. 120 ss.

SOLDATI, N.: *Tutela del consumatore e procedure di sovraindebitamento*, Torino, 2020.

TAMPONI, M.: "Liberalizzazioni, "terzo contratto" e tecnica legislativa", *Contr. impr.*, 2013, p. 91 ss.

VOLTERRA, E.: *Istituzioni di diritto privato romano*, ristampa, Roma, 1980.

ZOPPINI, A.: "Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "codici di settore" (lo *ius variandi* nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 136 ss.

ZOPPINI, A.: "Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza", *Riv. coop.*, 2008, p. 49 ss.

