



L'ESECUZIONE DEL CONTRATTO A DISTANZA TRA "SPEDIZIONE" ANGLOSASSONE E "RECEZIONE" CONTINENTALE

PIERVINCENZO PACILEO

SOMMARIO: 1. Il *locus* ed il *tempus* dell'esecuzione contrattuale. - 2. La funzione del termine adempitivo nella contrattazione telematica. - 3. L'eventuale inadempimento per causa non imputabile al professionista. - 4. Il consenso del consumatore all'esecuzione mediante diversa prestazione.

1. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha stabilito lo scorso 9 giugno 2011 che l'art. 5, punto 1, lettera b), primo trattino, del Regolamento n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, deve essere interpretato nel senso che, in caso di vendita a distanza, il luogo in cui deve essere eseguito il contratto, ovvero dove i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al medesimo, deve essere determinato sulla base delle disposizioni dello stesso; di conseguenza, al fine di verificare se il luogo di esecuzione sia determinato "in base al contratto", il giudice nazionale adito deve tenere conto di tutti i termini e di tutte le clausole rilevanti in esso presenti ed idonei a identificare con chiarezza tale luogo, ivi compresi i termini e le clausole generalmente riconosciuti e sanciti dagli usi del commercio internazionale, quali gli Incoterms ("International Commercial Terms"), elaborati dalla Camera di commercio internazionale, nella versione pubblicata nel 2000. Qualora non sia possibile determinare il suddetto luogo su tale base, senza far riferimento al diritto sostanziale applicabile al contratto, il medesimo è quello della consegna materiale dei beni, mediante la quale l'acquirente ha conseguito o avrebbe dovuto conseguire il potere di disporre effettivamente di tali beni alla destinazione finale dell'operazione di vendita.

Il contenuto della suddetta pronuncia, concernente il *locus* dell'esecuzione del contratto a distanza, incide sulla disciplina elaborata in materia dal legislatore italiano integrando il dettato dell'art. 54, d.lgs. 206/2005, avente ad oggetto il *tempus*, successivo alla sua conclusione, ed in particolare gli adempimenti esecutivi del professionista.

Quest'ultima norma riproduce pedissequamente l'art. 6, d.lgs. 185/99 all'interno del Codice ed impone al professionista di provvedere alla consegna dei beni, con il conseguente effetto traslativo della loro proprietà in favore del consumatore, ovvero, ove trattisi di servizi¹, di dar corso

¹ In questo caso, divergono i testi dell'art. 55 comma 2, lett. a), del Codice (in base al quale la fornitura di servizi non può avere esecuzione prima dello scadere del termine per l'esercizio del diritto di recesso, senza il consenso del consumatore) e del successivo art. 65, comma 2 (il termine per il recesso decorre dalla conclusione del contratto, vale a dire decorre da una data antecedente o coincidente a quella dell'esecuzione).

Tuttavia, l'eventualità che il termine di trenta giorni concesso al professionista per l'esecuzione sia antecedente, potendo potenzialmente erodere il termine concesso al consumatore per esercitare il recesso, induce a ritenere che il



alla relativa prestazione, entro il termine di trenta giorni dal giorno successivo a quello in cui quest'ultimo ha trasmesso l'ordinazione², salvo diversa pattuizione tra le parti e fatta eccezione per le ipotesi contemplate espressamente nel successivo art. 55; pertanto, a tutela del consumatore³, detto adempimento deve avvenire in un momento temporale successivo alla conclusione del contratto o, al limite, coincidente con questo, ai sensi dell'art. 1327 c.c.

Tale disposizione assegna al consumatore, nella qualità di accettante, la facoltà, una volta ricevuta l'offerta dal professionista, quale proponente, di scegliere in qualunque momento di

suddetto termine può applicarsi in tali circostanze soltanto nell'ipotesi in cui l'esecuzione del contratto coincide con il momento della sua conclusione, disciplinata dall'art. 1327 c.c. ("conclusione prima della risposta dell'accettante").

² La previsione di tale termine rafforza la posizione del consumatore in ordine alle proprie aspettative di vedere andare a buona conclusione il rapporto contrattuale.

³ Cfr. U. TROIANI, *Commento all'art. 54*, in AA.VV., *Codice del Consumo. Commento al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, Milano, 2006, pp. 546 ss.

La nozione di "consumatore", introdotta con la legge 52/1996, in attuazione della direttiva 1993/13/CEE, e formulata nell'art. 1469 *bis* cc ("La persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta"), ha prodotto notevoli dubbi interpretativi.

Infatti, in argomento si è sviluppato un dibattito che ha visto protagonisti:

- 1) parte della giurisprudenza di merito (cfr. Trib. Roma, 20 ottobre 1999 e Trib. Lucca, 4 luglio 2000), che qualifica come consumatore, conformemente a quanto disposto dagli artt. 1469 *bis* ss. cc, anche il professionista o l'imprenditore per il quale la conclusione del contratto non è atto della professione come lo è per la sua controparte (ad esempio, lo può essere anche il mediatore immobiliare che acquista un computer con l'intenzione di destinarlo alla sua attività, ovvero l'avvocato che affida ad un corriere una sua lettera diretta ad un cliente, in quanto tali contratti sono al di fuori dell'oggetto dell'attività professionalmente svolta dai predetti, ovvero non sono diretti a realizzarne in via immediata lo scopo, pur essendo ad essa strumentalmente collegati);
- 2) la giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. I civ., 25 luglio 2001, n. 10127), secondo cui deve essere considerato "professionista" sia la persona fisica, sia quella giuridica che utilizza il contratto nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, e non è necessario che quest'ultimo sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente che si concluda per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale;
- 3) la Corte di Giustizia CE (cfr. Sentenza del 22 novembre 2001 nelle cause riunite C-541/99 e C-542/99), che ha disposto che la nozione di "consumatore", come proposta dall'art. 2, lett. b), direttiva 1993/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretata in senso restrittivo, riferendosi esclusivamente alle persone fisiche;
- 4) la Corte Costituzionale, la quale ha escluso con l'ordinanza del 24 giugno 1999, n. 282, la pretesa disparità di trattamento la tutela prevista a favore del solo consumatore persona fisica ed altre categorie di consumatori quali le persone giuridiche o persone fisiche che agiscono per scopi professionali od imprenditoriali.

Dal descritto confronto emerge che "consumatore", ai fini dell'applicazione della disciplina di cui agli artt. 1469 *bis* ss. cc, è esclusivamente olo la persona fisica (anche se imprenditore o professionista) che conclude un qualche contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio dell'attività, senza che ciò leda i diritti di altre categorie.



concludere il contratto mediante l'inizio dell'esecuzione dell'offerta medesima; viceversa, quest'ultimo è vincolato dalla data di spedizione dell'ordine da parte dell'altro contraente.

Tuttavia, nel contesto della contrattazione a distanza, il giurista deve compiere una fondamentale scelta di fronte all'alternativa tra spedizione e recezione, la quale non può non avvenire se non tenendo ben presente l'esigenza suprema di commisurazione e bilanciamento degli effettivi interessi in conflitto⁴ (compresa la tutela dell'affidamento dei soggetti terzi rispetto al rapporto negoziale): da un lato, con la regola della spedizione l'accettante consumatore addossa alla controparte professionista il rischio della distanza; dall'altro, attraverso la tecnica della recezione al proponente professionista è riconosciuta la facoltà di sottrarsi al contratto fino all'ultimo istante.

L'art. 54, d.lgs. 206/2005, introduce una novità rispetto al tradizionale *favor* per la regola della recezione dell'accettazione e della non recettività della revoca della proposta⁵, espresso dei legislatori comunitario, prima, e nazionale, poi, nella disciplina della contrattazione a distanza, costituendo l'emblema della netta distanza in materia con il sistema inglese di *common law*⁶, nel quale si è imposto, nel medesimo contesto negoziale, il principio della *mail box rule*⁷, in forza del quale il *contract*, qualora l'*acceptance* debba essere comunicata a mezzo posta, si conclude non quando il proponente venga a conoscenza dell'*assent* alla sua *offer* da parte del destinatario, bensì nel momento in cui viene spedita la necessaria *letter*, con la conseguenza che, al contrario di quanto accade nei sistemi di *civil law*, la revoca della proposta assume in quest'ipotesi la natura di atto recettizio⁸.

La *ratio* di tale contrapposizione deve cogliersi nei seguenti fattori:

- 1) il ruolo della *consideration*, elemento essenziale nell'obbligazione contrattuale, in *common law*;
- 2) l'inesistenza in quest'ultima famiglia giuridica di qualsivoglia forma di responsabilità precontrattuale⁹.

⁴ Il peso attribuito a ciascuno di essi varia in base ai seguenti fattori che si differenziano in ciascun sistema giuridico nazionale:

- a) struttura economica e sociale;
- b) tradizione giuridica;
- c) consuetudini commerciali.

⁵ Sul punto v. L. SAPORITO, *I contratti a distanza*, in P. STANZIONE - A. MUSIO (a cura di), *La tutela del consumatore*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, Torino, 2009, vol. XXX, p. 338.

⁶ Basti pensare che la giurisprudenza britannica, nel *leading case* *Brinkibon Ltd. Vs Stahag Stahl (H.L.)* in *Giur. it.*, 1981, I, 1, p. 164, ha qualificato "assurdo" il meccanismo della recezione è "*mischievous*" (ossia malizioso) il nostro ordinamento.

⁷ Tale principio trova applicazione anche in Francia, per soluzione giurisprudenziale.

⁸ "Si deve presumere «per legge» che i convenuti, per ogni istante nel tempo in cui la loro lettera stava viaggiando, abbiano continuato a rivolgere agli attori la stessa identica offerta, per cui il contratto è concluso con l'accettazione di questi ultimi", come sancito nel *leading case* *Adams Vs Lindsell* del 1818.

Sullo sviluppo e sui presupposti della *mail box rule* v. S. GARDNER, *Trashing with Trollope: a deconstruction of the Postal Rules in contract*, in *Oxford J.L.S.*, 1992, pp. 171 ss.

⁹ Se in Gran Bretagna i comportamenti scorretti assunti durante la fase delle trattative da uno o più contraenti determinano una responsabilità solo in specifici casi in cui la giurisprudenza riconosca,



Per quanto concerne il primo elemento suelencato, atteso che in *common law* non trova riscontro il meccanismo della revocabilità della proposta o dell'accettazione così come espressamente stabilito dall'art. 1328 c.c., la spedizione assume un ruolo significativo nella disciplina inglese della fattispecie negoziale al fine di temperare la potenziale dannosità della proposta per l'interesse di chi la riceve. Tale pregiudizio deriva dal fatto che, per il fatto stesso di avanzarla, il proponente senza fornire alcuna *consideration* o vantaggio all'accettante e senza subire alcun sacrificio, potrebbe poi (se non vi fosse la *postal rule*) indiscriminatamente revocarla in ogni momento, producendo danni all'oblato¹⁰.

In riferimento al secondo fattore suindicato, la carenza evidenziatasi nei modelli anglosassoni¹¹ impone l'adozione di una serie di correttivi idonei ad anticipare il vincolo obbligatorio, al fine di poter configurare un'obbligazione risarcitoria a carico di chi si è sottratto alle trattative dopo aver provocato l'altrui affidamento (il c.d. *reliance interest*)¹².

eventualmente, una particolare azione per illecito civile (*tort*), negli Stati Uniti, addirittura, non si configura alcun ipotesi di responsabilità.

¹⁰ Così N. SCANNICCHIO, *Il perfezionamento del contratto nel diritto privato europeo*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, 2003 (2 ediz.), vol. III, *L'attività e il contratto*, p. 137, il quale osserva, inoltre, che "vicendevolmente, le nostre tecniche di condusione sono legate all'idea per cui, diversamente dalla *common law*, l'accettazione dell'oblato non costituisce semplicemente un'accettazione della propria obbligazione, ma un elemento di formazione dell'accordo complessivamente inteso".

¹¹ Sul punto si rinvia a R. DELFINO, *La responsabilità precontrattuale: aspetti comparatistici*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1992, 5-6, pp. 495-511.

In materia v. anche P.G. MONATERI, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino, 1998, *passim*; M.J. BONELL, *Responsabilità precontrattuale, Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze e ... Principi UNIDROIT*, in *Dir. comm. internaz.*, 2003, pp. 169-191; T. PASQUINO, *Responsabilità precontrattuale e determinazione del danno risarcibile*, in *Riv. giur. sarda*, 1998, pp. 345-354; M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *Resp. civ.*, 2006, 4, pp. 295-299; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale e problemi di quantificazione del danno*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, tomo IV, Milano, 2006, pp. 475-566; ID., *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 2, pp. 295 ss.; P. PARDOLESI, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale: di paradossi e diacronie*, in *Foro it.*, 2004, 11, I, pp. 3010-3016; B. ANDÒ, *Ritardo nella stipula del contratto e responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 4, pp. 597-613; G. MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. impr.*, 2006, 4-5, pp. 944-976; P. MANINETTI, *Responsabilità precontrattuale e risarcimento dei danni: verso una concezione sempre più estensiva (nota a Cassazione civile, Sez. III, 14 febbraio 2000, n. 1632)*, in *Danno resp.*, 2000, 10, pp. 982-989.

¹² Cfr. N. SCANNICCHIO, *Il perfezionamento del contratto nel diritto privato europeo*, cit., pp. 138-139.

In tema di *consideration* e *reliance interests* si rinvia a P.S. ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, Oxford, 1995, pp. 54 ss.; J. HOUGHTON, *The law of obligation*, Londra, 1994, pp. 52 ss.



2. Con la decisione del legislatore italiano di individuare quale *dies a quo* per l'esecuzione di un contratto a distanza l'invio dell'ordinazione da parte del consumatore¹³, si palesa il rigetto dell'opzione contenuta nel testo dell'art. 10 della proposta di direttiva presentata dalla Commissione il 7 ottobre 1993¹⁴, accolto nell'art. 7, par. 3 della direttiva 97/7/CE¹⁵ ("il consumatore deve essere informato e deve poter essere rimborsato quanto prima della somma eventualmente pagate ed in ogni caso entro trenta giorni")¹⁶ e fatto proprio dall'art. 7, d.lgs. 185/1999¹⁷, che preferiva far partire il momento dal ricevimento dell'ordinazione da parte del professionista¹⁸.

¹³ Ci si riferisce al momento dell'esecuzione e non a quello della conclusione del contratto, in quanto il legislatore, prescindendo dai profili più squisitamente giuridico-formali, ritiene più opportuno individuare quale *dies a quo* il momento in cui il consumatore invia l'ordinazione, esprime la propria volontà di contrarre.

¹⁴ Di diverso avviso sono C. CERA, *Commento all'art. 6*, in M. ATELLI (a cura di), *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza*, Torino, 2001, pp. 200 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Studium iuris*, 1999, pp. 1201 ss.; *contra*, S. BASTIANON, *Prime osservazioni sulla direttiva 97/7/CE in tema di contratti a distanza*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, pp. 1286 ss.

Dunque, il professionista dovrebbe comunicare l'indisponibilità e restituire quanto in ipotesi già versato dal consumatore senza attendere la scadenza del termine previsto per l'esecuzione della prestazione, ancor prima di rendersi inadempiente, onde permettere a controparte di avere notizia della mancata esecuzione dell'ordinazione in tempo utile per provvedere altrimenti.

¹⁵ Per l'esegesi di tale normativa comunitaria si rinvia a G. ALPA, *Vendite a distanza: nuove garanzie a tutela del consumatore*, in *Contratti*, 1997, n. 4, pp. 421 ss.; AA.VV., *Contratti. Tutela del consumatore nelle vendite a distanza*, in *Ratio*, 2001, n. 4, pp. 99 ss.; G. PIZZOLANTE, *Contrattazione a distanza e tutela del consumatore in diritto comunitario*, in *Dir. comm. internaz.*, 2000, 2, pp. 389-421; M. GRANIERI, *Brevi note sulla protezione del consumatore nei contratti a distanza, nota a Cass.*, 14 aprile 2000, n. 4843, in *Foro it.*, 2000, 11, pp. 3198-3201; A. VALERIANI, *La direttiva 97/7/CE in materia di vendita a distanza e la pubblicità via internet*, in *Dir. inf.*, 1999, 1, pp. 189-218; R. SCIAUDONE, *L'attuazione della Direttiva CE 97/7 sulla tutela dei consumatori in materia di contratti a distanza*, in *Giur. piem.*, 2000, 1, pp. 1-15; P. MARTINELLO - M. CESTA, *Verso una direttiva europea sui contratti a distanza tra fornitori e consumatori in materia di servizi finanziari*, in *Contr. impr./Europa*, 1998, 1, pp. 531-537; C. ROSSELLO, *Contratti conclusi via Internet: i profili giuridici con particolare riguardo alla direttiva sui contratti a distanza con i consumatori e alla tutela dei dati personali*, in *Econ. dir. terz.*, 1998, 2, pp. 369-394; B. RUGGIERO, *La disciplina dei contratti a distanza e la trasparenza contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 1, pp. 232-239; E. MINERVINI, *La tutela collettiva dei consumatori in materia di contratti a distanza*, in *Contr.*, 2000, pp. 1165-1167; E. ADOBATI, *È stata recepita la normativa comunitaria sui "contratti a distanza"*, in *Dir. comm. internaz.*, 1999, 4, pp. 1045-1099; R. FADDA, *Contratti a distanza e tutela del consumatore: persiste la sopraffazione del professionista?*, in *Riv. giur. sarda*, 2010, 2, pp. 295-299; M. MESSINA, *Le vendite a distanza*, in A. MUSIO - F. NADDEO (a cura di), *La compravendita*, Padova, 2008, tomo II, 1179-1210; P. MARTINELLO - M. CESTA, *Progresso tecnologico e diritto comunitario: la Comunità europea emana una nuova disciplina per i contratti a distanza (Commento alla Dir. 20 dicembre 1985, n. 85/577/CE; Dir. 20 maggio 1997, n. 97/7/CE)*, in *Dir. un. eur.*, 1997, 4, pp. 753-771.

¹⁶ I rischi di incertezza connessi con l'onere di conoscenza gravante in capo al consumatore del momento in cui si è avverato un fatto rientrante nella sfera di controllo esclusiva del professionista secondo F. TORIELLO, *Contratti di vendita stipulati dai consumatori. Recenti sviluppi*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2000, pp. 680 ss.; ID., *La direttiva sulle vendite a distanza: prime note di commento*, in *Contr. Impr./Eur.*, 1997, pp. 854 ss., giustifica la modifica del testo definitivo della citata direttiva, il cui art. 10



Detta scelta, ottimale in caso di conclusione telematica del negozio (la comunicazione a distanza via internet è pressoché istantanea)¹⁹, è assimilabile alla posizione assunta in materia dagli

indicava, infatti, diversamente come termine *a quo* il momento della “*reception de la comande par le fournisseur*”. *Contra*, G. DE MARZO, *I contratti a distanza. Commento al decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185*, Milano, 1999, pp. 36 ss.

¹⁷ Il citato decreto si occupa della protezione del consumatore che si trova a stipulare contratti a distanza, disciplinando tutte le fasi della conclusione del contratto, a partire dalla proposta di contratto per finire con la sua esecuzione coniando alcune definizioni nell’art. 1:

a) il “contratto a distanza” ha per oggetto beni o servizi stipulato tra un fornitore e un consumatore nell’ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal fornitore che, per tale contratto, impiega esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso;

b) il “consumatore” è la persona fisica che, in relazione ai contratti di cui alla lett. a), agisce per scopi non riferibili all’attività professionale eventualmente svolta;

c) il “fornitore” è la persona fisica o giuridica che nei contratti a distanza agisce nel quadro della sua attività professionale;

d) la “tecnica di comunicazione a distanza” coincide con qualunque mezzo (nel cui elenco indicativo riportato nell’allegato I di tale legge spiccano le vendite tramite telefono, fax o posta elettronica, mentre ne sono esplicitamente esclusi i distributori automatici, le aste telematiche e i servizi finanziari) che, senza la presenza fisica e simultanea del fornitore e del consumatore, possa impiegarsi per la conclusione del contratto tra le dette parti;

e) per “operatore di tecnica di comunicazione” si intende la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, la cui attività professionale consiste nel mettere a disposizione dei fornitori una o più tecniche di comunicazione a distanza.

Inoltre, in base all’art. 3, il contratto deve mettere a disposizione del consumatore in modo chiaro e comprensibile una serie di informazioni preliminari, quali, ad esempio, l’identità del venditore e lo scopo commerciale della telefonata: il mancato rispetto di questa norma conduce alla nullità del contratto.

Infine, in caso di recesso da parte del consumatore, l’art. 5 vieta l’attribuzione di spese a suo carico, fatte salve quelle necessarie alla restituzione della merce, ma, al contempo, ne esclude l’esercizio per particolari prodotti come gli audiovisivi e le riviste.

Per un’esegesi di tale normativa v. A. FRATERNALE, *I contratti a distanza*, Milano, 2002, *passim*; P. SANNA, *Considerazioni a margine del D.Lgs. 22 maggio 1999, n. 185 in tema di tutela dei consumatori nei contratti a distanza*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 2, pp. 462-490; M. PERFETTI, *Prime riflessioni sul d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185 in tema di contratti a distanza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, 1-2, pp. 110-134; F. DANOVÌ, *Il foro del consumatore nei contratti a distanza: sugli artt. 13 e 14 d.lgs. 22.5.1999, n. 185*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 2, pp. 430-436; F. ESTRANGEROS, *Contratti a distanza, al via le nuove regole*, in *PMI*, 1999, 12, pp. 3-6.

¹⁸ N. SCANNICCHIO, *Consumatori e conclusione dei contratti a distanza tra ordinamenti nazionali, direttive comunitarie e diritto comparato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, pp. 3 ss., ritiene che il *dies a quo* deve essere fissato solo dopo che sia spirato il termine previsto per l’esecuzione dell’ordinazione di cui al comma 1.

¹⁹ Tuttavia, il successivo art. 11, direttiva 2000/31/CE – poi confermato dall’art. 13, d.lgs. 70/2003 –, contraddicendo la *policy* della disciplina elaborata dalla direttiva 1997/7/CE, ha elaborato un’ulteriore “filtro”, solo apparentemente a tutela del consumatore informatico.



Infatti, detta disposizione, nel sanire, al comma 1, che il prestatore “deve accusare ricevuta dell'ordine del destinatario del servizio senza ingiustificato ritardo e per via elettronica” e, soprattutto, nell'elencare, al comma 2, “strumenti tecnici adeguati” affinché il destinatario possa correggere eventuali errori di inserimento dei dati, ha determinato lo slittamento della decorrenza del termine per l'esecuzione, *ex art. 4, d.lgs. 185/1999* (oggi art. 53, d.lgs. 206/2005 - il c.d. Codice del Consumo -), non dall'invio dell'ordine, ma dalla conferma, così concedendo uno *spatium* ulteriore al fornitore per la conferma dell'ordine; in realtà, è confermato che, al fine di dar esecuzione al contratto, il *professionel* entro trenta giorni dalla ricezione per la prima volta dell'ordine deve inviare la tempestiva conferma, mentre si può avvantaggiare dell'ulteriore termine soltanto se, spedita detta conferma, ricevesse dall'acquirente consumatore una richiesta di rettifica, riaprendosi, pertanto, *ex novo* la suddescritta procedura.

In tale contesto, il menzionato art. 13, d.lgs. 70/2003, il quale, al comma 3, estende alla conclusione del contratto tramite posta elettronica l'applicazione del principio con valenza generale, e non esclusivo, della sola *formation of contract* mediante *web*, circa la presunzione di conoscenza dell'ordine e della ricevuta, quando le parti “hanno la possibilità di accedere”, deve essere interpretato unitamente a:

- 1) l'art. 15, legge UNCITRAL del 1996, secondo cui un *date message* si considera inviato allorché entri in un sistema informativo fuori dal controllo dell'autore o della persona che lo ha spedito a nome dell'autore stesso;
- 2) l'art. 12, comma 1, d.P.R. 513/1997 – successivamente art. 14, d.P.R. 445/2000 (il c.d. T.U.D.A. - Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di Documentazione Amministrativa -) ed oggi artt. 45, comma 2, e 48, d.lgs. 82/2005 (il c.d. C.A.D. - Codice dell'Amministrazione Digitale -, così come modificato e integrato dal d.lgs. 159/2006).

Dalla lettura in combinato disposto delle suddette norme emerge la soluzione conforme al già analizzato modello anglosassone della *mail box rule* (che equipara il *server* alla cassetta postale) e più coerente con le esigenze, intimamente legate allo sviluppo dell'*e-commerce* (oggetto recentemente del decreto del Ministero per lo Sviluppo Economico del 1° dicembre 2006), della celerità e della sicurezza dei traffici, che assegna al ricevente l'onere di consultare periodicamente la propria posta elettronica se egli accetti di entrare in una transazione telematica.

Dunque, la presunzione di conoscenza *ex art. 1335 cc.* coincide con la “conoscibilità-accessibilità” e, di conseguenza, con il mero arrivo del messaggio al *server* presso il *provider*, a nulla rilevando che la “materiale” conoscenza abbia luogo con il *check mail*.

In base al suddetto “principio della conoscibilità” (e non dell'effettiva conoscenza) il contenuto del messaggio di posta elettronica si considera pervenuto non quando realmente “scaricato” e letto dal soggetto, bensì, allorché sia disponibile nello spazio di memoria del *server* presso il *provider* ed emerge l'onere in capo al consumatore che “entri” in un contratto *on line* di controllare sollecitamente il contenuto della propria casella elettronica, in quanto dal rispetto o meno dei suindicati obblighi informativi decorre il differente termine di recesso di:

- a) sette giorni dal ricevimento della merce, in ipotesi di fornitura di beni e dalla data di ricezione dell'informazione, nel caso di contratti di prestazioni di servizi;
- b) sessanta giorni, nell'ipotesi in cui non siano stati assolti i sopra indicati inderogabili obblighi informativi.

Pertanto, il disposto degli artt. 1326-1327 cc., completato dal principio dell'art. 1335 cc., siccome interpretato alla luce della direttiva 2000/31/CE, prima, e del d.lgs. 70/2003, poi, fornisce un sistema di regole affidabile e, soprattutto, suscettibile di adeguamento “elastico” in prospettiva: il momento in cui si conclude il



ordinamenti di *common law*, i quali, derogando alla regola generale della *postal presumption* hanno deciso di ridurla nel suddetto contesto al rango di un'eccezione, nell'ottica di attribuire all'accettante il compito di decidere in merito alla finale stipulazione del contratto e di privare il proponente del controllo sugli effetti della propria dichiarazione.

Tuttavia, qualora il consumatore italiano opti per l'invio dell'accettazione tramite il servizio postale, potrebbe confrontarsi con notevoli problemi²⁰; in tale ipotesi, infatti, il professionista sarebbe esonerato da qualsiasi responsabilità per il mancato adempimento dell'ordinazione se dimostrasse che la mancata conoscenza dell'avvenuta trasmissione dell'accettazione da parte del consumatore - e, di conseguenza, dell'inizio del decorso del termine - sia determinato da un disservizio o dallo smarrimento dell'ordinazione a lui non imputabili²¹.

Il citato termine di trenta giorni, durante i quali è sufficiente che il professionista dia corso all'esecuzione del contratto (cioè immetta il bene nel circuito distributivo ovvero cominci la prestazione di servizi) e non anche che questa si perfezioni, non avendo natura imperativa, può essere ecceduto espressamente dalle parti, ma pur sempre nel rispetto dei vincoli fissati dagli artt. 1469-*bis* ss. c.c. in materia di clausole vessatorie²² (ora trasfusi negli artt. 33 ss. del Codice).

contratto telematico corrisponde a quando l'accettazione dell'oblato perviene all'indirizzo di posta elettronica del proponente.

Ciò avviene anche quando la tecnica adottata per il suo perfezionamento non consiste nello scambio di *e-mail* ma nell'utilizzo delle firme elettroniche (semplici o digitali) o nella digitazione del "tasto negoziale virtuale" (cfr. E. TOSI, *La conclusione di contratti "online"*, in ID. (a cura di), *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 1999, p. 17), "avente natura dichiarativa... in quanto codice linguistico simbolico non verbale, «iconico», socialmente rilevante", la cui presunta conoscenza della semantica telematica da parte dell'utente informaticamente "alfabetizzato" presuppone l'affidamento creato in quest'ultimo, su cui inoltre grava "il rischio informatico" assorbente il margine residuo di difetto comunicazionale, in base al più generale principio dell'autoresponsabilità richiamato da E. TOSI, *Procedimenti formativi e forme del contratto virtuale*, in C. ROSSELLO - G. FINOCCHIARO - E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico*, Torino, 2007, p. 182.

Sul punto v. anche GIOV.M. RICCIO, *Commento all'art. 50-53*, in P. STANZIONE - G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Commentario al codice del consumo. Inquadramento sistematico e prassi applicativa*, Milano, 2006, pp. 435-438; E. TOSI, *Il contratto virtuale: formazione e conclusione tra regole procedurali comuni e speciali*, in ID. (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione. Le regole giuridiche del mercato interno e comunitario: commento al D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70*, Milano, 2003, pp. 187-196; A. PIERUCCI, *Conferma scritta delle informazioni*, in M. ATELLI (a cura di), *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza*, cit., pp. 119-141.

²⁰ S. BASTIANON, *Prime osservazioni sulla direttiva 97/7/CE in tema di contratti a distanza*, cit., p. 1286; G. DE MARZO, *I contratti a distanza*, cit., p. 37, contestano l'interpretazione letterale della disposizione che indurrebbe ad avviare il decorso del termine di trenta giorni per la comunicazione ed il rimborso a partire dalla trasmissione dell'ordinazione.

²¹ G. DE MARZO, *op. ult. cit.*, p. 36, sostiene che in tale eventualità non si applicherà nemmeno il meccanismo previsto dal comma 2, in caso di mancata esecuzione dell'ordinazione per esclusiva indisponibilità del bene o del servizio richiesto.

²² In tema v., *ex multis*, G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, *passim*; U. RUFFOLO, *Clausole "vessatorie" e "abusiva". Gli artt. 1469-bis ss. del Codice civile e i contratti del consumatore*, Milano, 1997, *passim*; E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, *passim*; F. BRAVO, *Utilizzo del documento*



3. Se l'inadempimento di detto obbligo dipende dall'indisponibilità, anche temporanea (non trovando, dunque, applicazione il dettato dell'art. 1256, commi 2 e 3, c.c.), del bene o del servizio richiesto²³, il professionista, nel rispetto di quanto disposto dall'art. 1256, comma 1, c.c. (ai sensi del quale l'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile), con gli effetti di cui al successivo art. 1463 c.c., pur liberandosi dalla collegata obbligazione²⁴, deve entro il suddetto termine, da un lato, informare controparte attraverso una

informatico ("file") come documento-base per la redazione di contratti seriali e clausole vessatorie ex artt. 1341 e 1342 cod. civ., in Nuova giur. civ. comm., 2007, 3, pp. 292 ss.; A. DI MAJO, Trasparenza e squilibrio nelle clausole vessatorie, in Corr. giur., 2000, 4, pp. 527-529; G. ALPA - S. PATTI, Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Art. 1469 bis - 1469 sexies, in Il Codice civile - Commentario, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F. BUSNELLI, Milano, 2003, passim; A. BARENGHI, I contratti per adesione e le clausole vessatorie, in N. LIPARI (a cura di), Diritto privato europeo, II, Padova, 1997, pp. 624 ss.; D. MINUSSI, Riproduzione di un documento informatico e clausole vessatorie, in Dir. internet, 2006, 5, p. 447; M. GOBBATO, La tutela del consumatore. Clausole vessatorie, commercio elettronico e Codice del consumo, Matelica (MC), 2007, passim; A. MANESCHI, La difesa del consumatore dalle clausole vessatorie. La protezione del consumatore realizzata dalla Legge 6 febbraio 1996, n. 52 in attuazione della Direttiva Comunitaria 93/13/CEE, Milano, 1997, passim; A. BARENGHI, La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel Codice civile, Napoli, 1996, passim; E. PODDIGHE, I contratti con i consumatori. La disciplina delle clausole vessatorie, Milano, 2000, passim; G. LAZARI, Le clausole vessatorie e le clausole abusive, in A. LISI (a cura di), I contratti di Internet. Sottoscrizione, nuovi contratti, tutela del consumatore, privacy e mezzi di pagamento, cit., pp. 221-235; V. ROPPO, La definizione di clausola vessatoria nei contratti dei consumatori, in Contr., 2000, 1, pp. 83-87; ID., La definizione di "clausola abusiva" nei contratti dei consumatori: echi di un dibattito europeo, in Pol. dir., 2000, 2, pp. 283-294; A.P. SCARSO, Il contraente "debole", Torino, 2006, passim; M.C. CHERUBINI, Tutela del "contraente debole" nella formazione del consenso, Torino, 2005, passim; L. NISSOLINO - A. CAJOLA, Le clausole abusive nei contratti. Condizioni generali di contratto e strumenti di tutela del contraente debole, Milano, 2004, passim; R. TARTAGLIA, Vessorietà e trasparenza nei contratti del consumatore. Condizioni generali di contratto e clausole vessatorie tra novità normative e prassi applicativa, Milano, 2006, p. 216; M. NUZZO, Commentario al capo 14.-bis del codice civile: dei contratti del consumatore (artt. 1469-bis 1469-sexies). Art. 1469-quinquies. Comma 1° e 3°, Inefficacia. Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 1469-bis e 1469-ter del Codice Civile sono inefficaci mentre il contratto rimane efficace per il resto. L'inefficacia opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice, in Nuove leggi civ. comm., 1997, pp. 1211-1223; E. NAVARRETTA, Commentario al capo 14.-bis del codice civile: dei contratti del consumatore (artt. 1469-bis 1469-sexies). Art. 1469-quinquies. Comma 2°. Sono inefficaci le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di..., in Nuove leggi civ. comm., 1997, pp. 1223-1246.

²³ Si confrontano nel dibattito sulla natura giuridica dell'indisponibilità del bene o del servizio ordinato, C. CERA, *Commento all'art. 6*, cit., pp. 201-205; G. DE MARZO, *I contratti a distanza*, cit., p. 37; F.A. REGOLI, *Due note sulla Direttiva concernente i contratti a distanza: la Direttiva 97/7/CE riguardante la protezione del consumatore nei contratti a distanza*, in *Contr. Impr./Europa*, 1997, p. 841; M.A. LIVI, *L'attuazione della Direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 1102.

²⁴ Va ricordato, però, che se l'indisponibilità è dovuta ad un comportamento colposo o doloso del professionista, il conseguente inadempimento conferisce al consumatore la possibilità di ottenere la risoluzione del contratto, nonché il risarcimento del danno patito ex art. 1218 c.c.).



comunicazione scritta, salvo che quest'ultima abbia optato per un altro supporto durevole a sua disposizione e a lui accessibile²⁵, come stabilito dall'art. 53, comma 1²⁶, e, dall'altro, rimborsare integralmente le somme eventualmente già corrisposte dal consumatore, senza poter richiedere la connessa controprestazione: tale ipotesi viene qualificata da parte della dottrina²⁷ come condizione risolutiva legale, in forza dell'assenza di qualsiasi espresso riferimento sia al risarcimento del danno eventualmente subito dal consumatore, sia, di conseguenza, alle regole in materia di responsabilità per inadempimento del contratto in generale; per altri²⁸, invece, rappresenta una causa di inadempimento del contratto, ritenendo che il legislatore avrebbe aggiunto alla generale tutela risarcitoria del maggior danno eventualmente sofferto dal consumatore in conseguenza della mancata esecuzione tempestiva dell'ordinazione, da un lato, ulteriori e specifici obblighi in capo al professionista inadempiente (primo tra tutti il rimborso²⁹) e, dall'altro, il diritto del consumatore di chiedere la risoluzione ai sensi degli artt. 1453 ss. c.c.

²⁵ Cfr. A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di Diritto privato europeo*, cit., vol. III, pp. 3 ss., il quale coglie il legame intercorrente tra neoformalismo e ripristino del mercato concorrenziale; S.T. MASUCCI, *La forma del contratto*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di Diritto privato europeo*, cit., vol. III, pp. 196 ss.

²⁶ S. BASTIANON, *Prime osservazioni sulla direttiva 97/7/CE in tema di contratti a distanza*, cit., p. 1286; G. DE MARZO, *I contratti a distanza*, cit., p. 37, riferendosi all'originaria espressione usata nell'art. 6, comma 2, d.lgs. 185/99, per fissare il termine per l'adempimento degli obblighi di informazione e rimborso ("entro il termine di cui al comma 1"), avanzano dubbi interpretativi in merito al momento iniziale per il duplice adempimento che ritengono vada fissato solo dopo che sia spirato il termine previsto per l'esecuzione dell'ordinazione di cui al comma 1.

Contra, C. CERA, *Commento all'art. 6*, cit., p. 200; G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, cit., p. 1201, aderiscono alla previsione comunitaria secondo cui il professionista è tenuto a comunicare l'indisponibilità al consumatore e a procedere al relativo rimborso entro e non oltre il termine legale o convenzionale di adempimento di cui al comma 1.

²⁷ V. C. CERA, *Commento all'art. 6*, cit., p. 205.

²⁸ *In primis*, F.A. REGOLI, *Due note sulla Direttiva concernente i contratti a distanza: la Direttiva 97/7/CE riguardante la protezione del consumatore nei contratti a distanza*, cit., p. 840, nonché P. SANNA, *Considerazioni a margine del d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185 in tema di tutela dei consumatori nei contratti a distanza*, cit., p. 485.

²⁹ Per quanto concerne le modalità mediante le quali il professionista deve provvedere al rimborso, la previsione temporale presente nella direttiva 97/7/CE che garantiva al consumatore oltre il diritto di essere informato, quello di essere rimborsato quanto prima è assente nella disciplina nazionale che, stabilito che il professionista deve provvedere al rimborso contestualmente all'invio dell'informazione, non affronta il problema del tempo entro il quale il professionista stesso deve provvedere senza incorrere nella responsabilità del ritardo nell'adempimento, lasciando che si dibatta in merito all'applicabilità dell'art. 1463 c.c. (la restituzione della prestazione ricevuta deve avvenire "secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito" di cui all'art. 2033 c.c.), oppure alla collegabilità dell'individuazione del tempo ad una richiesta, con relativa messa in mora, da parte del consumatore che non abbia ancora visto effettuata l'esecuzione della prestazione.



4. Da ultimo, il consumatore, ai sensi dell' art. 54, comma 2, d.lgs. 206/2005, ed in ottemperanza del principio generale sancito dall'art. 1197 c.c.³⁰, può soddisfare il suo interesse anche in caso di indisponibilità del bene o del servizio richiesto acconsentendo, prima o, al più tardi, al momento della conclusione del contratto³¹, espressamente³² all'adempimento da parte del professionista mediante l'esecuzione di una fornitura diversa da quella pattuita³³.

Dunque, affinché possa aver luogo la *datio in solutum*, è necessario che il consumatore manifesti il consenso a ricevere una fornitura diversa da quella dovuta originariamente prima o al momento della conclusione del contratto; di qui, l'emersione della questione afferente la rilevanza del consenso del consumatore successivo a detta conclusione, sia qualora la manifestazione di volontà favorevole all'esecuzione di una fornitura diversa si ritenga incida come modifica sostanziale dell'accordo, configurando, di conseguenza, un'ipotesi di adempimento di una obbligazione con facoltà alternativa, sia qualora, adottando lo schema sopraccitato, il consenso voglia liberare il professionista debitore mediante l'esecuzione di una prestazione diversa da quella pattuita.

³⁰ Se, da un lato, G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, cit., p. 1201, nota 62, ritiene che, nonostante la lettera della norma, nel caso di obbligazioni di fonte negoziale il consenso del consumatore può essere manifestato non solo in occasione della stipulazione del contratto da cui l'obbligazione deriva, ma anche successivamente, dall'altro, P. SANNA, *Considerazioni a margine del d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185 in tema di tutela dei consumatori nei contratti a distanza*, cit., p. 486, si dichiara favorevole alla riconduzione della fattispecie entro l'ambito dell'art. 1197 c.c., a norma del quale "il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore, salvo che il creditore consenta".

³¹ Sul punto v. F.A. REGOLI, *Due note sulla Direttiva concernente i contratti a distanza: la Direttiva 97/7/CE riguardante la protezione del consumatore nei contratti a distanza*, cit., p. 840; P. SANNA, *Considerazioni a margine del d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185 in tema di tutela dei consumatori nei contratti a distanza*, cit., p. 485.

³² In caso contrario, G. DE MARZO, *I contratti a distanza*, cit., p. 37, e C. CERA, *Commento all'art. 6*, cit., pp. 193 ss., non ammettono la prestazione di altro bene o servizio da parte del professionista, anche se di valore e qualità equivalenti o superiori, apprezzando, viceversa, la locuzione prescelta dal legislatore nazionale, più corretta di quella impiegata nell'art. 7, par. 3, direttiva 97/7/CE, che individua come presupposto del potere contrattuale del professionista enunciato nella disposizione il fatto che la possibilità di fornire una prestazione diversa da quella pattuita fosse stata prevista "prima della conclusione del contratto o nel contratto", criticata anche da M.A. LIVI, *L'attuazione della direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 1102.

³³ Cfr. S. SIMONE, *Commento all'art. 54*, in G. ALPA - L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Commentario al Codice del Consumo*, Napoli, 2006, p. 412; P. PACILEO, *Commento all'art. 54*, in P. STANZIONE - G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Commentario al codice del consumo...*, cit., pp. 439-444.