

Anno V - 2020 n. 1

NUOVO DIRITTO CIVILE

DIRETTORI

Roberto Carleo Alberto Maria Gambino Mauro Orlandi

ESTRATTO

MARIA PIA PIGNALOSA

L'ACCORDO TELEFONICO



MARIA PIA PIGNALOSA

(Professore associato nell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico")

L'ACCORDO TELEFONICO*

SOMMARIO: **1.** L'evoluzione normativa dei contratti a distanza nei quali il consumatore e il professionista comunicano per mezzo del telefono. – **2.** La fattispecie forte descritta dal primo e dal secondo periodo dell'art. 51, comma 6, cod. cons. – **3.** Il richiamo normativo alla non vincolatività: dalle clausole vessatorie al *teleselling*. – **4.** *Segue*. Il moderno formalismo come tecnica di protezione di una parte contrattuale. – **5.** La procedura semplificata di cui all'ultimo periodo dell'art. 51, comma 6, cod. cons. Fattispecie forte a forma alternativa o fattispecie debole *ad probationem*? – **6.** La conclusione dei c.d. contratti telefonici di cui al primo e al secondo periodo dell'art. 51, comma 6, cod. cons. – **7.** Tendenze evolutive della legislazione speciale: dal formalismo del rapporto al formalismo degli atti.

1. L'evoluzione normativa dei contratti a distanza nei quali il consumatore e il professionista comunicano per mezzo del telefono

Com'è ormai noto, la riforma del 2014¹ ha notevolmente inciso sulla formazione dei contratti nei quali il professionista e il consumatore comunicano per mezzo del telefono.

Prima della novella l'attenzione era stata rivolta esclusivamente agli obblighi informativi. In particolare, l'art. 52, comma 3, cod. cons., imponeva al professionista di dichiarare in modo inequivocabile all'inizio della telefonata la propria identità e lo scopo commerciale della stessa e sanzionava la violazione di questa condotta con la nullità del contratto. Si trattava senza dubbio di una previsione originale, al punto che gli

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

¹ In attuazione della direttiva 2011/83/UE sui *Diritti dei consumatori*, il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 ha integralmente riscritto gli articoli da 45 a 67 del codice del consumo.

interpreti più sensibili alle linee evolutive della legislazione speciale la segnalavano tra gli indici positivi di una tendenza normativa incline ad annoverare il comportamento delle parti tra i requisiti di validità del contratto².

Per converso, l'attuale art. 51, comma 5, cod. cons. – pur replicando la medesima regola che impone al professionista di dichiarare la propria identità e lo scopo commerciale della telefonata – non ha collegato alla violazione di questa condotta la nullità del contratto, segnando in questo modo un'inversione rispetto alla segnalata tendenza con la quale, in alcune ipotesi, il legislatore ha invece previsto la nullità testuale del contratto per violazione di regole di comportamento.

La discontinuità rispetto alla norma abrogata si coglie, non solo con riguardo a questo rilevante aspetto, ma soprattutto ponendo attenzione al comma 6 dell'art. 51 cod. cons., che disciplina i *requisiti formali* per la conclusione dei contratti nei quali il professionista e il consumatore comunicano attraverso il telefono.

La disposizione presenta notevoli criticità e al contempo alcune incongruenze. L'esatta comprensione impone di richiamarne il testo e di procedere ad una disamina dei singoli periodi.

Ai sensi dell'art. 51, comma 6, cod. cons., «*Quando un contratto a distanza deve essere concluso per telefono, il professionista deve confermare l'offerta al consumatore, il quale è vincolato solo dopo aver firmato l'offerta o dopo averla accettata per iscritto; in tali casi il documento informatico può essere sottoscritto con firma elettronica ai sensi dell'art. 21 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni. Dette conferme possono essere effettuate, se il consumatore acconsente, anche su supporto durevole.*».

Già dalla lettura delle prime righe affiora una contraddizione: un contratto telefonico per il quale è richiesta la forma scritta è un ossimoro³. Eppure, sebbene nell'*incipit* si richiami il contratto a distanza che *deve essere concluso per telefono*, proseguendo nell'analisi del testo, emerge come un eventuale accordo raggiunto telefonicamente tra le parti obbliga il professionista a confermare l'offerta, ma non vincola il con-

² V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, p. 84, indica alcuni indici normativi nei quali ravvisa una inedita contaminazione fra regole di comportamento e giudizio di validità.

³ È una notazione comune agli interpreti, v. ad esempio: S. PAGLIANTINI, *Commento all'art. 51 codice del consumo*, in *La riforma del codice del consumo*, a cura di G. D'Amico, Padova, 2015, p. 176.

sumatore, il quale è vincolato solo dopo averla firmata o dopo averla accettata per iscritto. Dunque, sembrerebbe che il contratto che «*deve essere concluso per telefono*» non può essere concluso per telefono.

Il legislatore si mostra ben conscio del fatto che la comunicazione telefonica, stante la sua evanescenza, non consente di meditare sull'opportunità dell'offerta, e questa circostanza acuisce ulteriormente la posizione di debolezza del consumatore.

Nell'intento di assicurare al consumatore *uno spatium deliberandi* e, al contempo, consentirgli di verificare la corrispondenza tra quanto annunciato per telefono e quanto confermato per iscritto, s'impone al professionista di confermare la sua offerta. Ricevuta la conferma dell'offerta il consumatore è libero di accettarla o meno; qualora decida di aderire deve rivestire la propria volontà di una data forma, essendo previsto espressamente che questi è vincolato solo dopo aver sottoscritto la conferma dell'offerta o dopo aver sottoscritto una separata accettazione inserita in un diverso documento e riproduttiva dell'offerta. Il contatto telefonico, con il quale il professionista raccoglie il consenso ad una determinata offerta contrattuale, sembra inserirsi in un più ampio procedimento di formazione del contratto⁴, atteggiando-

⁴ Richiama la proceduralizzazione del consenso del consumatore anche S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese)*, in *Contratti*, 2014, p. 810, il quale (in nota 30) ravvisa, condizionalmente, negli oneri formali una *ratio* «scopertamente protettiva»: nell'intento di evitare che il consumatore sia vincolato in forza di una comunicazione telefonica «a sorpresa», il legislatore ha reputato di tutelarlo rimettendo all'atto della sottoscrizione il tempo in cui si assume rilevante *ex lege* una consapevolezza di contrarre; G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 5, p. 956, rileva come l'introduzione di regole particolarmente rigorose sia volta ad «evitare che i consumatori contattati telefonicamente dai professionisti, si trovino vincolati ad un contratto in virtù del mero scambio di dichiarazioni avvenuto nel corso della conversazione telefonica senza aver preso piena ed autentica consapevolezza dell'avvenuto perfezionamento di un accordo giuridicamente vincolante». Più di recente, A. M. BENEDETTI, *Il contratto non si conclude per telefono: paradossi dell'asimmetria procedimentale*, in *Contratti*, 2017, p. 343 ss. In termini analoghi si è pronunciata anche l'*Antitrust*, con i provvedimenti in materia di *teleselling*, ravvisando nell'art. 51, comma 6, primo periodo, cod. cons., uno schema procedimentale di conclusione del contratto. Si evidenzia che il contratto «pur essendo preceduto da una telefonata nel corso della quale viene illustrata l'offerta e acquisito il consenso del consumatore ad aderirvi, si conclude per iscritto e non anche al telefono, ossia per effetto dello scambio cartaceo delle rispettive conferme». Si veda in questi termini: PS 9981-SKY, procedure di *teleselling*, in *Bollettino* n. 5 del 5 ottobre 2015, p. 14, consultabile sul sito dell'*Antitrust*: www.agcm.it.

si come un «contatto promozionale di avviamento alla conclusione del contratto»⁵.

L'accordo telefonico è dunque pensato come un mezzo preparatorio ad una successiva conclusione del contratto che avviene, invece, attraverso altri strumenti, solitamente elettronici⁶.

Ritorna attuale quella che fino ad ora era stata una tesi datata e anche criticata con la quale si sosteneva che «le dichiarazioni telefoniche abbiano per lo più il carattere di trattative, subordinate per la conclusione del contratto allo scambio di una corrispondenza confermativa»⁷.

Come ha ben chiarito l'*Antitrust* in due provvedimenti in materia di *teleselling*⁸, l'interesse perseguito attraverso l'imposizione di vincoli di forma prescritti dall'art. 51, comma 6, cod. cons., «è quello di salvaguardare il consumatore dall'assunzione al telefono, mediante una semplice dichiarazione orale, di un vincolo di natura negoziale». Al fine di garantire «la consapevolezza di contrarre del consumatore», il legislatore individua nella «forma scritta la regola per la conclusione del contratto»⁹.

2. La fattispecie forte descritta dal primo e dal secondo periodo dell'art. 51, comma 6, cod. cons.

L'esame di queste prime righe dell'art. 51, comma 6, cod. cons., ci mostra come il legislatore europeo – invertendo una tendenza normativa che negli ultimi decenni aveva progressivamente abbandonato il ricorso alla sottoscrizione, al punto che la migliore dottrina aveva registrato la

⁵ In questi termini S. PAGLIANTINI, *Commento all'art. 51 codice del consumo*, in *La riforma del codice del consumo*, cit., p. 175, nt. 29; M. LIBERTINI e M. MAUGERI, *Dal teleselling alla contrattazione via internet*, p. 4 (della relazione tenuta a Treviso, 12 settembre 2014, nell'ambito del convegno "E-commerce diritti dei consumatori e nuova disciplina dei contratti a distanza"), descrivono efficacemente le fasi che compongono l'iter di formazione del contratto.

⁶ M. LIBERTINI e M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 6.

⁷ C. VIVANTE, *La conclusione dei contratti commerciali*, in *Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer nella ricorrenza del XXXV anno del suo insegnamento*, III, *Studi di diritto odierno*, Torino, 1998, p. 242; F. ADDIS, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999, p.15, nel ricordare la tesi di Vivante, afferma che la stessa è indice del disorientamento causato dall'innovazione tecnologica.

⁸ Si tratta dei provvedimenti: PS 9981-SKY e PS 9983-H3G, procedure di *teleselling*, in *Bollettino* n. 35 del 5 ottobre 2015, consultabile sul sito dell'*Antitrust*: www.agcm.it.

⁹ Così si legge nel provvedimento PS 9983-H3G, cit., p. 106.

sua crisi¹⁰ – abbia affidato proprio alla forma scritta e alla sottoscrizione, almeno del consumatore, la garanzia e la tutela di quest'ultimo; sebbene abbia lasciato liberi gli Stati membri di avvalersene o meno, trattandosi di una «possibilità offerta dalla direttiva come opzionale»¹¹.

Il legislatore domestico, dal canto suo, ha ritenuto quanto mai opportuno fare ricorso alla forma scritta e alla sottoscrizione, ben conscio che il vincolo di forma, sottraendo la volontà del consumatore dall'a-formalismo della spontaneità del linguaggio¹² è suscettibile di «accrescere la consapevolezza del consumatore in ordine agli obblighi derivanti dal contratto»¹³.

Così ragionando l'art. 51, comma 6, cod. cons., prima parte, sembra codificare un contratto formale, una «fattispecie forte», riprendendo le parole di Irti¹⁴ che attribuisce rilevanza alla forma con la quale si manifesta la volontà delle parti.

Deve poi rilevarsi che il legislatore impone l'onere della sottoscrizione al solo consumatore e non anche al professionista per il quale, invece, è previsto testualmente solo l'obbligo di confermare l'offerta, ossia di ripetere la dichiarazione in forma scritta¹⁵.

Occorre, in questa sede, fermare un dato, sul quale si tornerà in seguito. Ai fini dell'imputazione delle dichiarazioni delle parti convivono, o meglio possono convivere, due criteri: la sottoscrizione per il consumatore, la predisposizione per il professionista. A meno che quest'ultimo non abbia fatto ricorso anche egli alla sottoscrizione.

¹⁰ N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 63; più di recente si veda M. MAGGIOLO, *Forma, firma, informazione (Il contratto come stabile contenitore di istruzioni)*, in *Giust. civ.*, 2020, in corso di pubblicazione, nel numero 2, p. 3 (del dattiloscritto che ho avuto modo di leggere per la cortesia dell'Autore) per il quale «La proclamata crisi della sottoscrizione, tutto sommato, è semplicemente la crisi di una chirografia che si vuole necessaria».

¹¹ Così precisa la *Relazione illustrativa* al d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, p. 5.

¹² N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, cit., p. 82.

¹³ Così è sancito nella *Relazione illustrativa*, cit., p. 5.

¹⁴ L'espressione, com'è noto, è di N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, pp. 83 ss.

¹⁵ G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, cit. p. 957, nt. 98, evidenzia come la disposizione richieda l'apposizione di una sottoscrizione autografa (o della firma elettronica) del solo consumatore al documento cartaceo (o informatico) recante la conferma dell'offerta contrattuale, senza richiedere altresì che tale documento (o analogo documento recante una dichiarazione di contenuto conforme) venga sottoscritto dal professionista.

Osservando le singole dichiarazioni sembrerebbe delinarsi una procedimentalizzazione del consenso che muove da un contratto orale e conduce alla formazione di un contratto formale. La proposta manifestata oralmente al telefono dal professionista (ed evidentemente accettata dal consumatore al telefono) è già rilevante per il diritto, obbligandolo alla successiva conferma scritta: forma scritta senza sottoscrizione; per converso, la volontà del consumatore assume rilevanza e lo vincola solo allorché sia scritta e sottoscritta.

Ciò che il legislatore ha inteso regolare con la disposizione in esame non è già un'autonoma dignità all'accordo telefonico, quanto piuttosto negare che lo stesso sia capace di produrre gli effetti giuridici che sono propri di un valido atto di autonomia privata, sebbene sia suscettibile di porsi a fondamento di effetti diversi¹⁶: l'obbligo in capo al professionista di confermare la proposta.

Nella prospettiva del legislatore l'accordo telefonico assume una connotazione essenzialmente negativa: non vincola il consumatore e anche l'unico effetto che il legislatore attribuisce al contratto in esame, ossia l'obbligo di conferma, è strumentale alla formazione di un contratto formale.

L'analisi fin qui condotta ci mostra come l'attenzione del legislatore sia stata rivolta non solo alla forma dell'accettazione – da intendersi non già come forma-esternazione, indispensabile per raggiungere un qualsiasi accordo, ma come requisito prescritto dalla legge affinché il consumatore sia vincolato – ma prima ancora alla forma della proposta che deve essere redatta per iscritto.

Al pari della prima parte dell'art. 51, comma 6, cod. cons., anche il secondo inciso attribuisce rilevanza alla forma, prescrivendo per i documenti informatici che la sottoscrizione possa avvenire con firma elettronica¹⁷.

¹⁶ S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, p. 41, è tra i primi ad aver condotto un'indagine, sul piano interpretato generale, sul contratto nullo come fattispecie che, sebbene inidonea a produrre gli effetti tipici del corrispondente contratto valido è pur sempre idonea a porsi a fondamento di effetti diversi.

¹⁷ Sulla firma elettronica si vedano almeno i contributi di A.M. GAMBINO, M. SCHMIDT-KESSEL, R. SCHULZE, in *EU e IDAS Regulation: Regulation (EU) 910/2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market*, a cura di A. Zaccaria, Monaco, 2019; A.M. GAMBINO, *Firma elettronica*, in *Enc. giur.*, Roma, 2004; ID., *L'accordo telematico*, Milano, 1997.

Seguendo gli insegnamenti della migliore dottrina si potrebbe affermare che, anche per questa ipotesi, si delinea una fattispecie forte¹⁸, ossia una fattispecie definita dalla combinazione dei numeri 1, 2, 3 e 4 dell'art. 1325 cod. civ.: accordo, causa, oggetto e forma; una fattispecie dotata di una maggiore complessità rispetto a quella debole dei contratti a-morfi, per i quali la forma non ha alcun rilievo giuridico¹⁹. In particolare, com'è noto, il numero 4 dell'art. 1325 cod. civ., prevede che la forma assume rilievo giuridico, e concorre a costruire una fattispecie forte, quando «risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità». Com'è stato attentamente osservato, dal tenore letterale dell'art. 1325, n. 4, cod. civ., si evince come non sia necessario che la legge prescriva con parole esplicite l'adozione di una forma sotto pena di nullità, essendo sufficiente che questo contenuto della norma «risulti», ossia che esso sia il risultato, l'esito di un'attività interpretativa.

Muovendo da questa prospettiva, il requisito formale imposto dall'art. 51, comma 6, cod. cons., il cui difetto comporta, stando al tenore letterale, la non vincolatività per il consumatore, potrebbe essere inteso come una forma richiesta a pena di nullità.

Prima di procedere in questo senso, per non affrettare le conclusioni, si rivela utile svolgere alcune riflessioni sul lessico utilizzato dal legislatore.

3. Il richiamo normativo alla non vincolatività: dalle clausole vessatorie al *teleselling*

Il richiamo alla vincolatività, che figura nell'art. 51, comma 6, cod. cons., è sempre più frequente nel registro stilistico europeo e domestico²⁰.

¹⁸ Il richiamo è naturalmente a N. IRTI, *Strutture forti e strutture deboli*, in *Studi sul formalismo negoziale*, cit., pp. 137 ss.

¹⁹ È la nota posizione di N. IRTI, *Idola libertatis*, cit., p. 18 ss. In termini critici si sono espressi, sia pure con argomenti non assimilabili, P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1999, p. 43 ss.; prima ancora S. PUGLIATTI, *Ist. dir.civ.*, III, *L'attività giuridica*, 2^a ed., Milano, 1935, p. 202. Diversa è la posizione di M. GIORGIANNI, voce «Forma degli atti» (dir. priv.) in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 1004; B. GRASSO, *La forma tra regola ed eccezione*, in *Rass.dir.civ.*, 1986, p. 49 e in *Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, pp.435-436. Per gli ulteriori riferimenti bibliografici sia consentito rinviare al mio: *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016, p. 207, nt. 39.

²⁰ A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 1, p. 83, ricorda come negli ultimi due decenni del Novecento la legislazione europea abbia introdotto numerosi casi di

Tra i primi provvedimenti che hanno impiegato l'espressione in esame si ricorda anzitutto l'art. 6 della direttiva 93/13/CEE, in materia di «*Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*», ai sensi del quale «Gli Stati membri prevedono che le *clausole abusive* contenute in un contratto fra un consumatore e un professionista *non vincolano* il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive».

È nota l'applicazione e l'evoluzione che la disposizione ha avuto nel nostro ordinamento, nel quale la *non vincolatività* è stata tradotta, dapprima con il ricorso alla *inefficacia delle clausole* di cui all'art. 1469 *quinquies* cod. civ., e poi con il richiamo testuale alla *nullità di protezione* delle stesse, ai sensi dell'art. 36 cod. cons., così come auspicavano gli interpreti²¹.

Con la direttiva 2011/83/UE il ricorso alla *non vincolatività* è stato quanto mai diffuso ed eterogeneo. In più luoghi il legislatore si è avvalso di questa espressione, tanto vaga²² quanto sfuggente.

Si pensi anzitutto all'art. 8, comma 2, che prevede stringenti obblighi di informazione per i contratti conclusi con mezzi elettronici, imponendo al professionista di garantire che, al momento di inoltrare l'ordine, il consumatore riconosca espressamente che lo stesso implica l'obbligo di pagare. L'inadempimento di questi obblighi comporta che il «*consumatore non è vincolato dal contratto o dall'ordine*».

Ancora, l'art. 25, rubricato «*carattere imperativo della direttiva*», al comma 2 sancisce che «Eventuali *clausole contrattuali* che escludano o limitino, direttamente o indirettamente, i diritti derivanti dalla presente direttiva, *non vincolano il consumatore*».

contratti o di clausole definiti «*non vincolanti*». Sul ricorso alla *non vincolatività* tra le patologie elaborate dal legislatore europeo e sulle questioni ermeneutiche che lo stesso solleva, v. S. PAGLIANTINI, *La vaghezza del principio di "non vincolatività" delle clausole vessatorie secondo la Corte di Giustizia: ultimo atto?*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 507.

²¹ Si veda in particolare il parere reso dal Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, nell'Adunanza del 20 dicembre 2004, con il quale si è affermato, a proposito dell'interpretazione da dare all'espressione *inefficacia* contenuta nell'art. 1469 *quinquies* cod. civ., che la stessa doveva leggersi come sinonimo a-tecnico di nullità.

²² Sulla vaghezza delle norme si veda per tutti il lavoro monografico di C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, *passim*.

E infine, per quanto più direttamente ci occupa, il comma 6 dell'art. 8, relativo ai contratti telefonici, prevede che il *consumatore è vincolato* al contratto solo dopo aver *firmato l'offerta* o dopo *averla accettata per iscritto*.

Ragionando sulle singole disposizioni richiamate si ricava un uso poliedrico del concetto di non vincolatività, il quale, talvolta, è associato all'abusività della clausola, talaltra, all'inadempimento degli obblighi di informazione, altre ancora, alla violazione di norme imperative che regolano i diritti spettanti al consumatore, infine, al mancato rispetto di vincoli di forma.

L'eterogeneità che caratterizza l'impiego di questo concetto si coglie anche allorché si rifletta sulla circostanza che, in alcuni casi, il consumatore non è vincolato al contratto, in altri, invece, non è vincolato alla singola clausola.

Fermando l'attenzione sulla tecnica legislativa, può osservarsi come la direttiva 2011/83/UE, al pari di quanto già accadde nel '93 con la direttiva 93/13/CEE in materia di clausole abusive, nel richiamare un'espressione vaga, qual è la non vincolatività, ha sostanzialmente lasciato "in bianco" l'effetto da riconnettere alle fattispecie descritte dagli articoli richiamati, rimettendo alla libertà dei legislatori dei singoli Stati membri il compito di scegliere lo strumento reputato più opportuno, e soprattutto, «conforme alla tradizione e al "sistema" proprio di ciascun ordinamento»²³.

La ragione che sottende questa scelta può essere compresa agevolmente se solo si rifletta sul fatto che la normativa europea è destinata ad essere applicata in ordinamenti assai diversi tra loro, il che sembrerebbe aver sconsigliato l'imposizione dello strumento di tutela. Tuttavia, sebbene il ricorso alla non vincolatività consenta a ciascuno Stato di scegliere, tra i vari strumenti presenti nell'ordinamento, quello reputato più idoneo a tutelare il consumatore, non può sottacersi che in questo modo si è tradito lo spirito di armonizzazione massima che ispirava, almeno nelle ambizioni, la direttiva in esame, consentendosi che nei singoli ordinamenti siano individuati effetti diversi per la stessa fattispecie.

Nel dare attuazione alla direttiva 2011/83/UE, il legislatore domestico, limitandosi alla pedissequa riproduzione dell'espressione *non vincolano*, ha lasciato all'interprete l'impegno di definire gli effetti da riconnettere al verificarsi delle singole fattispecie richiamate.

²³ Così G. D'AMICO, *Nullità virtuale-Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, p. 732, spec. nt. 1, ha già svolto analoghe riflessioni a proposito della direttiva 93/13/CEE.

4. *Segue*. Il moderno formalismo come tecnica di protezione di una parte contrattuale

Concentrando l'attenzione sull'art. 51, comma 6, cod. cons. è utile ribadire come lo stesso prescriba che il consumatore è «vincolato solo dopo aver firmato l'offerta o dopo averla accettata per iscritto».

Interpretata la disposizione in una prospettiva funzionale²⁴, volta a ricercare lo scopo, la sua *ratio legis*, emerge che il formalismo sancito dal comma 6 dell'art. 51 cod. cons. – significativamente rubricato «Requisiti formali per i contratti a distanza» – rappresenta una *forma di protezione* del consumatore²⁵. Milita in questo senso, tra l'altro, la *Relazione illustrativa*, stando alla quale i vincoli di forma prescritti per la conclusione dei contratti telefonici perseguono l'obiettivo di aumentare la cognizione del consumatore in ordine agli obblighi derivanti dal contratto, contrastando in questo modo il fenomeno dei contratti conclusi senza un'adeguata consapevolezza e ponderazione dell'interessato²⁶. A questo scopo si è imposto al professionista di *confermare* l'offerta per iscritto e al consumatore di *sottoscriverla*. L'una è pensata in funzione dell'altra.

La specificità della regola è data dalla circostanza che la *ratio* che sottende questi oneri formali è concepita in funzione dell'interesse di una sola parte: la riflessione e l'attenzione che la forma scritta e la sottoscrizione sono volte a stimolare assolvono infatti ad una funzione di tutela del solo consumatore.

La disposizione in esame si inserisce tra le ipotesi di contratti formali per i quali la forma scritta è volta ad ottemperare agli obblighi

²⁴ Si condivide l'insegnamento per il quale occorre prendere atto che «le norme sui requisiti formali non hanno natura diversa da tutti gli altri tipi di norme, né di conseguenza si sottraggono ai consueti criteri e mezzi ermeneutici», così G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, nt. 4; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 27, esclude che «le norme sulla forma legale possano essere applicate mediante meccaniche assunzioni nel rispetto della più classica e formalistica teoria della fattispecie espungendosi la loro *ratio*». Esse non sono infatti soltanto norme di struttura attinenti esclusivamente alla «fattispecie negoziale» con aprioristica esclusione del divisato regolamento di interessi.

²⁵ Sulla pluralità di funzioni svolte dalla forma, si veda per tutti U. BRECCIA, *La forma*, in *Tratt. Roppo*, I, *Formazione*, a cura di C. Granelli, Milano, 2006, p. 553.

²⁶ Cfr. in questo senso la *Relazione illustrativa* al decreto di attuazione della direttiva 2011/83/UE, cit., p. 5.

informativi²⁷ (c.d. forma informativa tipica del fenomeno del neo-formalismo negoziale²⁸ di matrice europea) per i quali l'equazione forma scritta = scrittura privata, ovvero atto pubblico, non sembra rispecchiare la *ratio* sottesa alla c.d. forma informativa²⁹.

Per integrare quest'ultima è sufficiente qualsiasi documento cartaceo o telematico, anche privo di sottoscrizione di entrambe le parti, dal quale il consumatore possa trarre conoscenza del contenuto del contratto.

Il concetto di forma scritta è dunque più ampio rispetto a quello di scrittura privata. Quest'ultima è soltanto una *species* del *genus* forma scritta la quale contempla qualsiasi documento cartaceo o telematico, anche privo di sottoscrizione. La forma è infatti il modo esteriore per esprimere la volontà; e la sottoscrizione rappresenta lo strumento tecnico di imputazione di una volontà manifestata in una data forma. Ai sensi dell'art. 51, comma 6, prima parte, cod. cons. il problema della imputazione al consumatore della sua volontà è risolto attraverso la sottoscrizione, mentre con riguardo al professionista, sembrerebbe che l'imputazione possa evincersi dalla stessa predisposizione del contratto, che rappresenta la conferma dell'accordo telefonico, con successivo invio al consumatore, come impone il comma 6 dell'art. 51, cod. cons.³⁰.

²⁷ Si pensi alla vendita di pacchetti turistici *ex art.* 35 cod. tur.

²⁸ R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano 1996, pp. 6-7 e spec. p. 13, seguendo la nozione tradizionale, L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, *passim*; ID., *Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle corti di merito*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 29, evidenzia come le finalità che le nuove forme assolvono segnano il tratto di discontinuità più evidente tra negozio solenne del codice civile e il formalismo di più recente conio; S. PAGLIANTINI, voce *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. Dir., Annali*, IV, Milano, 2011, pp. 772 ss.; V. MANNINO e R. ALESSI, *Profili del neoformalismo negoziale*, Napoli, 2013; nonché, per riflessioni più recenti, G. LA ROCCA, *Il problema della forma contrattuale*, Torino, 2017.

²⁹ In questi termini già B. SIRGIOVANNI, *Il documento informatico non sottoscritto, la firma semplice e la firma avanzata*, in *L'atto pubblico notarile come strumento di tutela nella società dell'informazione*, a cura di P. Sirena, Milano, 2013, p. 220; ID., *Il processo informativo e la forma nella disciplina dei pacchetti turistici*, in *Contratto e responsabilità. Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli*, a cura di G. Vettori, t. II, Padova, 2013, pp. 1610 ss.

³⁰ Si veda con riguardo ai contratti di investimento, nel quadro di una ricostruzione che sussume la conclusione del contratto di investimento all'interno dell'art. 1341 cod. civ., M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento. Prestatori e prestazione*, nel *Tratt. dir. civ. comm., Ciccumessineo*, continuato da L. Mengoni, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2012, p. 472, per il quale, dove la volontà sia espressa in forma scritta e dove nel contempo sia risolto il problema della sua

Il professionista, infatti, prima ancora di essere parte del contratto ne è l'autore³¹.

La dottrina ha già da tempo segnalato come l'imputazione del testo non appartenga al profilo formale della scrittura e presupponga un testo formalmente perfetto, così affermando una assoluta irriducibilità dei concetti di forma scritta e di imputazione³².

imputazione, mediante sottoscrizione o anche mediante un mezzo diverso dalla sottoscrizione, un eventuale requisito di forma scritta, così come quello espresso a pena di nullità relativa per il contratto di investimento ai sensi dell'art. 23 T.u.f., deve ritenersi soddisfatto. Sul contratto cd. "mono-firma", si vedano le Sezioni Unite della Cassazione, Cass. Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Contratti*, 2018, 2, pp. 133 ss., con nota critica di G. D'AMICO, *La "forma" del contratto-quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus*; di S. PAGLIANTINI, *Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le SS. UU. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*; e di R. AMAGLIANI, *Nota breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n. 898*. Secondo le Sezioni Unite il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, è rispettato ove sia redatto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti. Condivide la decisione delle Sezioni Unite, R. NATOLI, *Una decisione non formalistica sulla forma: per le Sezioni Unite il contratto quadro scritto, ma non sottoscritto da entrambe le parti, è valido*, in *Le Società*, 2018, 4, p. 487; C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 5, p. 741 ss. In dottrina sostenevano la validità del contratto cd. mono-firma, ben prima della pronuncia delle Sezioni Unite, L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, pp. 191 ss.; ID., *Formalismo negoziale e nullità. Le aperture delle corti di merito*, cit., p. 30; si veda poi ID., *Il volto crudele, ma autentico, del formalismo «informativo»*, in *Foro it.*, 2018, cc. 1283 ss.; M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento*, cit., p. 472; si veda inoltre il più recente ID., *Forma, firma, informazione*, cit., p. 5 del dattiloscritto, dove l'Autore, dopo aver affermato che *forma, firma e informazione* costituiscono categorie concettuali sicuramente diverse, ma contigue, rileva come sia proprio la contiguità a reclamare una chiara distinzione, onde evitare sovrapposizioni di concetti diversi. Sovrapposizione di concetti diversi che sembra emergere proprio dalla motivazione delle Sezioni Unite, dove come osserva attentamente Maggiolo «Se la vicenda giudiziale nasce perché manca la firma di uno dei contraenti, allora il problema dovrebbe essere affrontato come un problema di firma, e non quale problema di forma o di informazione. Il concreto testo contrattuale è infatti del tutto completo; quel testo racchiude tutte le informazioni dovute al cliente; quel testo è scritto. Non c'è alcuna lacuna regolamentare o informativa; non c'è alcuna oralità. Manca solo la firma di uno dei contraenti, e non manca null'altro».

³¹ In senso analogo, con riguardo all'intermediario finanziario, R. NATOLI, *Una decisione non formalistica*, cit., p. 488.

³² M. ORLANDI, *La paternità delle scritture. Sottoscrizione e forme equivalenti*, Milano, 1997, p. 55; e più di recente si veda M. MAGGIOLO, *Forma, firma, informazione*, spec. p. 10 ss. del dattiloscritto, paragrafi 5 e 6.

Per comprendere la scelta operata dal legislatore occorre ribadire che la forma costituisce qui strumento di protezione³³ di una parte contrattuale che si reputa bisognevole di tutela, non già per la rilevanza socio-economica dei beni coinvolti, non per la portata giuridica dei diritti regolati, non per lo squilibrio tra diritti e obblighi derivanti dal contratto, bensì esclusivamente in virtù della debolezza informativa che connota la sua posizione³⁴. Una debolezza oltremodo acuita da una tecnica di comunicazione a distanza, quella telefonica, la cui evanescenza, come si è anticipato, non consente di meditare sull'opportunità dell'offerta del professionista³⁵.

³³ Sulla forma come strumento di protezione di una delle parti, si veda: V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 221; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, cit., p. 13 osserva come con il "neoformalismo"; il ritorno alla forma assuma una funzione peculiare: quella di tutelare classi di operatori giuridici ritenuti deboli. ID., *Dalla formazione alla forma dei contratti sui valori mobiliari*, cit., pp. 777 ss.; R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, p. 144, per il quale la normativa di derivazione comunitaria sancisce oneri ed obblighi assai stringenti in ordine alla forma «che appaiono sempre orientati a garantire le condizioni affinché la medesima partecipazione sia idonea ad indurre una consapevolezza sostanziale in chi non può giovare di trattative»; V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 28, nel registrare le linee di tendenza della legislazione consumeristica, segnala una «decisa accentuazione del rigore formale dei contratti in cui sia parte un imprenditore e controparte un consumatore o contraente debole che dir si voglia»; S. MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. e impr.*, 1994, pp. 37 ss. e p. 44; già N. IRTI, *Notazioni esegetiche sulla vendita a domicilio di valori mobiliari*, in *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Milano, 1986, p. 114, il quale sin dalla fine degli anni '80 osservava come «il formalismo moderno (diversamente dai riti di età arcaiche), è una tecnica di tutela delle parti o di una parte».

³⁴ A. GENTILI, *La forma*, in AA. VV., *Lezioni sul contratto*, raccolte da A. Orestano, Torino, 2009, pp. 73 ss., nel domandarsi se vi sia una ragione costante che abbia spinto il legislatore nelle varie situazioni e nelle varie epoche a imporre requisiti di forma per la redazione di certi contratti, propende per una soluzione che distingua le varie finalità delle norme sulla forma. In particolare, osserva come le prescrizioni di forma dei contratti nella prevalente legislazione speciale sono dettate non dal «tipo di oggetto del contratto, quanto dal tipo di rapporto che giustifica in questi casi il requisito della forma. Il fatto che quel rapporto incida su certi interessi, nei confronti di certe categorie di soggetti, come i consumatori, o gli utenti di servizi bancari e finanziari, o gli inquilini, richiede, per essere efficientemente governato dalle regole legali, che il contratto abbia determinatezza, certezza, conoscibilità».

³⁵ Sul punto M. RUVOLO, *I contratti a distanza*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di F. Caringella e G. De Marzo, Torino, 2007, pp. 291 ss., dove l'Autore sottolinea che «a differenza del mezzo televisivo e degli altri mezzi audiovisivi, il telefono può risultare, per l'assenza di immagini, più insidioso soprattutto sotto il profilo della percezione da parte del consumatore dello scopo

L'art. 51, comma 6, cod. cons., nel richiedere l'osservanza di una data forma, non si limita a richiamarla tacendo l'effetto che discende dalla sua violazione, ma al contrario, ad essa riconnette la *non vincolatività*.

Nel tentativo di tradurre questa espressione con il richiamo alle categorie dogmatiche, ci sembra che, dall'esame ermeneutico della disposizione, risulti che la forma sia prescritta a pena di nullità. La non vincolatività può essere interpretata, al pari di quanto è stato già fatto dal legislatore in materia di clausole vessatorie, ricorrendo alla nullità. Una nullità, si badi, da declinare come *nullità strutturale di protezione*, ossia prescritta a tutela di una sola parte contrattuale: il consumatore³⁶.

La nullità, per questa ipotesi, non protegge da una *clausola* dalla quale derivi uno *squilibrio* tra diritti e obblighi a carico delle parti, come accade con l'art. 36 cod. cons., ma da un *contratto* privo della forma richiesta dalla legge per stimolare la consapevolezza del consumatore in ordine ai diritti e agli obblighi derivanti dallo stesso³⁷.

commerciale del contratto»; analoghe riflessioni sono svolte da F. NOVARA, *I contratti a distanza nel codice del consumo: genesi, disciplina e recesso*, in *Contratti*, 2014, 2, p. 178.

³⁶ In questo senso, sia pur con un accenno, si è espresso S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo*, cit., p. 811, spec. nt. 31, nonché nel testo nel quale richiama l'espressione "forma di protezione *ad validitatem*"; più diffusamente ID., *Commento all'art. 51*, cit., pp. 176 ss. Anche T. FEBBRAJO, *L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori ed il suo impatto sulle tutele contrattuali*, in *Contr. impr. Eur.*, 2015, 2, p. 507, evidenzia come il legislatore italiano si sia limitato a riprodurre nel codice del consumo la locuzione della direttiva, «mentre avrebbe dovuto riqualificare la non vincolatività, in coerenza con l'ordinamento interno, sotto forma di nullità di protezione». Militano nel senso di un formalismo *ad substantiam* anche R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale uniforme ed opzionale*, *Eur. e dir. priv.*, 2013, p. 324; M.F. QUARTONE e G. FELCIANGELLI, *Commento all'art. 51*, in *I nuovi diritti dei consumatori*, cit., p. 106. Critico è, invece, G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi*, cit., p. 957, nt. 98, il quale, pur riconoscendo che nei rapporti *B-to-C* è divenuto «impossibile stipulare contratti mediante scambio di dichiarazioni telefoniche», esclude che l'art. 51, comma 6, cod. cons. abbia introdotto surrettiziamente il requisito della forma scritta *ad substantiam*.

³⁷ A. GENTILI, *La forma*, cit., p. 79, dopo aver ricordato che «quando la forma è richiesta *ad substantiam* la conseguenza è che, se la forma manca, il contratto è nullo» si pone il problema «se esso sia sempre nullo allo stesso modo, con gli stessi effetti, con la stessa disciplina. O se invece, data la varietà e la diversità delle regole di forma, anche la conseguenza della nullità, non sia in tutti i casi sempre uguale. La risposta corretta è la seconda». Per argomentare questa opzione Gentili richiama ad esempio, tra gli altri, i contratti dei consumatori «qui non è sempre vero che la nullità per ragioni di violazione di forma valga da tutti i lati, valga cioè alla stessa stregua per entrambe le parti. Né che chiunque, addirittura un terzo, possa insorgere contro il contratto e provocarne la caducazione».

Il modello di protezione costruito con l'art. 51, comma 6, cod. cons., è ben diverso da quello di cui all'art. 36 cod. cons.³⁸

Con l'art. 36 cod. cons., infatti, al pari di altre nullità di matrice europea, la protezione si realizza attraverso la nullità parziale necessaria: è la conservazione e non la distruzione del contratto a tutelare il consumatore³⁹.

Per converso, con l'art. 51, comma 6, cod. cons. la protezione del consumatore è nella distruzione del contratto e non nella sua conservazione.

³⁸ La letteratura in tema di nullità speciali e di nullità di protezione è molto ampia. Si vedano almeno: G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995; ID., *Le nullità di protezione*, in *Diritto privato comunitario*, I, a cura di P. Perlingieri e L. Ruggeri, Napoli, 2008, p. 603; ID., *Commento agli artt. 36-38*, in *Commentario al codice del consumo*, a cura di G. Vettori, cit., pp. 370 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, *passim*; S. MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 565; ID., *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 685; G. GIOIA, *Nuove nullità relative e tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, pp. 1332 ss.; V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, pp. 459 ss.; ID., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, p. 490; F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, I, p. 837; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. Roppo*, IV, *Rimedi*, a cura di A. Gentili, Milano, 2006; A. GORASSINI, *L'istituto codicistico della "nullità del contratto" e le variabili delle c.d. nullità speciali*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 199; C. CACCAVALE, *La "nullità di protezione" delle clausole abusive e l'art. 28 della legge notarile*, in *Notariato*, 2007, pp. 56 ss.; MAR. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva europea e ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 235; G. FILANTI, voce *Nullità*, III, *Nullità speciali*, in *Enc. giur.*, Roma, 2005; D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008, pp. 214 ss.; G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione*, cit., pp. 740 ss.; G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 11; ID., *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 1019 ss.; S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in *Le forme di nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, pp. 27 ss.; ID., *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, p. 65; ID., *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, p. 1040; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010; A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, pp. 428 ss.; ID., *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, p. 203 ss.; ID., *La «nullità di protezione»*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 1, pp. 77 ss.; R. QUADRI, *Le c.d. «nullità protettive»*, in *Dir. dei consumatori e nuove tecnologie*, a cura di F. Bocchini, Torino, 2003, pp. 413 ss.

³⁹ Si riprendono le fini osservazioni di A. GENTILI, *Nullità, annullabilità e inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, cit., p. 205.

Riprendendosi, sia pur in estrema sintesi, le fila di un discorso ben più complesso, suonano sempre più attuali le parole di quella dottrina che già da tempo esorta gli interpreti ad abbandonare l'idea che la nullità sia una fattispecie unitaria e a vagliare le singole figure con il convincimento che il legislatore vuole, di volta in volta, comporre i diversi interessi dando luogo a modelli differenti⁴⁰.

La circostanza che la nullità in esame non sia sussumibile all'interno dell'art. 36 cod. cons., pensata per le c.d. clausole vessatorie, non deve sorprendere in quanto anche la nullità di protezione, come ha suggerito la migliore dottrina⁴¹, non è una categoria unitaria, se non nella misura in cui è un genere comune che accoglie però diverse *specie* e quindi diverse discipline⁴². Tratto unitario del genere comune sarebbe dato dalla

⁴⁰ G. GIOIA, *Nuove nullità relative e tutela del contraente debole*, cit., p. 1341; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 490, rileva una «frammentazione della categoria della nullità in una pluralità e molteplicità di modelli e corrispondenti statuti normativi, spesso eterogenei e distanti tra loro»; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 181, muovendo dalla considerazione per la quale la nullità non è un concetto logico, ma una disciplina giuridica, volta a proteggere interessi di varia natura, condivisibilmente osserva come sia inevitabile conseguenza di queste premesse, la pluralità di statuti graduati dal legislatore su misura delle esigenze che di volta in volta vengono in rilievo. Ove si sia tentati di cedere al gusto classificatorio, individuando l'elemento comune a tutte le fattispecie di nullità, si potrebbero richiamare le parole di autorevole dottrina che individua l'essenza della patologia nell'impedire la ricollegabilità all'atto dei suoi effetti tipici: è nullo «il negozio che, per deficienza di qualche elemento essenziale rispondente alla configurazione richiesta, sia inidoneo a dar vita a quella nuova situazione giuridica che il diritto ricollega al rispettivo tipo legale in conformità con la funzione economico-sociale sua caratteristica: nullo, quantunque possa produrre per avventura taluno degli effetti corrispondenti o altri diversi» (così, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 462). In giurisprudenza si veda, in particolare, il parere reso dal Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, nell'Adunanza del 20 dicembre 2004, con il quale i giudici di palazzo Spada hanno osservato come «la categoria in passato unitaria della nullità rende fisiologico che, in talune circostanze, siano apportate, in una logica di protezione, deroghe anche significative, allo statuto tradizionale della nullità medesima. Le deroghe al regime di nullità (...) assumono un significato profondamente diverso nel presupposto che non esista più una nullità, ma che al contrario, emergano molteplici statuti dal regime in parte differente. Di conseguenza, considerata la pluralità di statuti delle nullità, non può condividersi la tesi in virtù della quale la diversità di regime rispetto a quello tradizionale impedisca la qualificazione della categoria in esame come nullità».

⁴¹ Per A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, cit., p. 114, «un vizio dell'impostazione comune a molta dottrina in tema è, nell'edificare la categoria e cercarne l'unitaria disciplina, di trascurare il fatto che le nullità di protezione non sono tutte uguali».

⁴² Cfr. così, A. GENTILI, *op. ult. cit.*, pp. 111 ss.

funzione della nullità: proteggere insieme l'interesse privato e quello generale e il loro diverso intrecciarsi ci restituisce discipline non sempre omogenee⁴³.

Nella medesima prospettiva si sono inserite le Sezioni unite della Suprema Corte le quali, non solo hanno riconosciuto l'esistenza di nullità di «*protezione virtuale*», per le quali, come nel nostro caso, il carattere protettivo della nullità non è esplicitato, ma è desunto dalla *ratio* della previsione legislativa, ma hanno anche espressamente affermato la «*pre-cipua natura ancipite*» delle nullità di protezione, «funzionali al contempo alla tutela di un *interesse tanto generale* (come l'integrità e l'efficienza del mercato) quanto *particolare/seriale* (quello di cui risulta esponenziale la classe dei consumatori)». Una nullità, ribadiscono le Sezioni unite, che non a torto è stata definita ad «assetto variabile, e di tipo funzionale, in quanto calibrata sull'assetto di interessi concreto, con finalità essenzialmente conformativa del regolamento contrattuale ma non per questo meno tesa alla tutela di interessi e di valori fondamentali, che trascendono quelli del singolo»⁴⁴.

Per le Sezioni unite l'art. 36 cod. cons. rappresenterebbe una «norma di carattere generale del sistema delle nullità di matrice consumeri-

⁴³ La nullità di protezione non è una prerogativa della legislazione consumeristica, né tanto meno di quella di matrice europea. Già nel codice civile si possono isolare delle disposizioni nelle quali la nullità è volta a proteggere una parte contrattuale, l'analisi delle quali ci restituisce regole diverse tra loro in quanto sono differenti gli interessi da tutelare. Questo profilo è acutamente indagato da A. GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 95, il quale richiama la disciplina del *patto commissorio*, del *patto leonino*, delle *incapacità speciali all'acquisto* di chi in ordine al bene copre un ufficio pubblico. Per queste ipotesi, osserva l'Autore, la *ratio* basilare della nullità è la protezione del debitore, del socio, dell'alienante. Nella medesima prospettiva è orientato anche S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 181; R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 913 ss., per primo ha affermato l'idea che già nel codice civile la nullità per talune ipotesi assolve ad una funzione protettiva di un contraente. Sia infine consentito rinviare, con riguardo alla nullità del matrimonio, a M.P. PIGNALOSA, *Il matrimonio putativo: una nullità di protezione ante litteram*, in *Fam., pers. e succ.*, 2012, 8-9, p. 568.

⁴⁴ In questi termini Cass. Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, pp. 185 ss., con commento di S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine di Cass. 26242*, cit.; ID., *Parigi val bene una messa. Le Sezioni unite sul rilievo d'ufficio della nullità e c.d. giudicato implicito*, in *Il giusto processo civile*, 2015, 10, pp. 137 ss.; ID., *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti*, 2015, pp. 113 ss. Sulla nullità di protezione virtuale, dove ciò che è virtuale sarebbe solo il carattere protettivo e non già la nullità, si veda anche G. D'AMICO, *Nullità virtuale-Nullità di protezione*, cit., pp. 739 ss.

stica»⁴⁵ e in forza di questa premessa si afferma che all'interno della medesima legislazione, le nullità di protezione virtuale potranno colmare le lacune delle rispettive discipline attraverso l'integrazione analogica o l'applicazione diretta dell'art. 36 cod. cons.⁴⁶.

In particolare, quanto alla legittimazione a far valere le c.d. nullità di protezione⁴⁷, le Sezioni unite hanno ribadito la rilevabilità officiosa della nullità di protezione, prendendo le distanze da una recente pronuncia con la quale la Suprema Corte⁴⁸ aveva invece vietato al giudice l'indagine in ordine alla nullità protettiva.

Secondo le Sezioni unite, la rilevabilità officiosa «costituisce il *proprium* anche delle nullità speciali, incluse quelle denominate di “protezione virtuale”». Il potere del giudice di rilevare la nullità è infatti essenziale al perseguimento di interessi pur sempre generali sottesi alla tutela di una data classe di contraenti, interessi che possono coincidere persino con «valori costituzionalmente rilevanti – quali il corretto funzionamento del mercato, *ex art. 41 Cost.* e l'uguaglianza non solo

⁴⁵ Cass. Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., § 3.13.1.

⁴⁶ S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine di Cass. 26242*, cit., p. 191. Critico rispetto a questa soluzione è invece A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, cit., p. 111, sulla scorta della considerazione che la nullità di protezione non è una categoria unitaria.

⁴⁷ Il tema della legittimazione a far valere la nullità di protezione è acutamente indagato da A. GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia*, cit., p. 204, il quale condivisibilmente afferma che nelle nullità di protezione il beneficio è nel fatto che, chiunque faccia valere la nullità, questa opera «solo a vantaggio del consumatore», una formula che si reputa malamente intesa come allusione alla legittimazione e non invece al modo di operare unidirezionale della nullità. Legittimazione e protezione, avvisa l'Autore, non sono interamente coincidenti. «Lo sono solo quando la caduta del patto possa essere un rimedio peggiore del male. Allora e solo allora tocca all'interessato scegliere ed è quindi necessario impedire che la controparte o i terzi o il giudice stesso lo facciano, a sproposito e non secondo i suoi veri interessi per lui. In questi casi la legittimazione ristretta all'interessato è necessaria». La legittimazione indica il novero dei soggetti che possono sollecitare l'accertamento giudiziale in quanto per loro potenzialmente rilevante. «Ma il suo concreto esercizio richiede un interesse che è difficile riconoscere in altri che (appunto) l'interessato. Se altri ne ha (e può succedere) perché negargli legittimazione, visto che comunque l'accertamento della nullità al contraente debole non può che giovare?».

⁴⁸ Cass. Sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 1, p. 15, con commento di C. SCOGNAMIGLIO, *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Giur. it.*, 2013, 2, p. 299, con nota di M. RIZZUTI; in *Contratti*, 2012, 11, pp. 869 ss., con commento di S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa delle nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: “eppur si muove”*.

formale tra contraenti in posizione asimmetrica – con l'unico limite di riservare il rilievo officioso delle nullità di protezione al solo interesse del contraente debole». Il potere del giudice rafforza in questi ambiti l'intensità della tutela riconosciuta alla parte che, in ragione della propria posizione di debolezza potrebbe non essere in grado di cogliere le opportunità di tutela ad essa accordata⁴⁹.

Non vale a confutare la tesi della nullità strutturale di protezione l'obiezione per la quale l'accordo telefonico, sebbene non sia vincolante per il consumatore, lo è invece per il professionista, almeno nella misura in cui lo obbliga a confermare l'offerta in altra forma. Occorre infatti rilevare che la nullità di protezione «*opera solo a vantaggio del consumatore*» e questa formula allude proprio al modo di operare unidirezionale della nullità. Pertanto, proprio perché l'accordo telefonico difetta del requisito di forma richiesto dalla legge a tutela di una parte contrattuale, è incapace di produrre nei suoi confronti gli effetti propri dell'atto di autonomia, e dunque di vincolare il consumatore, ma per espressa previsione di legge obbliga il professionista a confermare la proposta.

Non pare persuasiva la diversa tesi per la quale la non vincolatività andrebbe tradotta negando la conclusione stessa del contratto, che dunque non sorgerebbe affatto, nemmeno ai soli fini di una dichiarazione di nullità. È lo stesso Autore ad affermare, infatti, che «un accordo telefonico, in effetti c'è, esso però non sarebbe il contratto che trasferisce il bene, regola il servizio, o comunque impegna il consumatore»⁵⁰. Il consenso espresso dal consumatore, stando alla ricostruzione in esame, «non sarebbe idoneo a costituire un'accettazione di cui all'art. 1326, comma 1, cod. civ., nonostante ne abbia tutto l'aspetto (adesione, conformità)»⁵¹.

⁴⁹ V. Cass. Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., in particolare, § 3.12.1. e § 3.13.2, dove le Sezioni Unite richiamano le indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia in tema di rilievo officioso che inclinano a favore di un chiaro rafforzamento del potere-dovere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità. Nella specie si richiama la sentenza *Pannon* del 4 giugno 2009, in causa C-243/08, nella quale la Corte ha stabilito che il giudice deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale e, in quanto nulla, non applicarla, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga, qualificando, in buona sostanza, in termini di dovere l'accertamento officioso del giudice circa il carattere eventualmente abusivo delle clausole contenute in siffatti contratti.

⁵⁰ A.M. BENEDETTI, *Il contratto non si conclude per telefono*, cit., p. 345.

⁵¹ A.M. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*

L'Autore non chiarisce perché il consenso del consumatore non sarebbe idoneo a costituire un'accettazione, limitandosi ad argomentare detta impostazione richiamando l'art. 51, comma 6, cod. cons., dal cui tenore, secondo l'Autore, si evincerebbe che il consenso del consumatore non varrebbe come accettazione, ma come primo atto procedimentale, presupposto per quelli successivi, finalizzati a concludere il contratto.

La tesi, sebbene meriti la massima attenzione, suscita qualche perplessità. A ben vedere ciò che si evince dall'art. 51, comma 6, cod. cons. non è solo la necessità che l'accettazione avvenga in una data forma, in mancanza della quale il consumatore non è vincolato, ma prima ancora che la proposta debba essere confermata per iscritto. Dunque, la disposizione in esame annovera la forma come elemento di struttura del contratto, costruisce una fattispecie forte, e laddove la forma manchi la conseguenza è la nullità.

Se si ammette che «l'accordo telefonico, in effetti, c'è»⁵², per potersi sostenere che lo stesso non vincola il consumatore, ma al tempo stesso obbliga il professionista a confermare la sua offerta, riconoscendogli una mera valenza procedimentale, non può affermarsi che il vincolo non si è formato. Piuttosto, il legislatore ha negato la validità del vincolo ricorrendo ad una nullità di protezione e dunque ad una nullità che opera solo a vantaggio del consumatore, impedendo che l'atto produca gli effetti tipici della negoziazione validamente formata, ma al tempo stesso riconoscendo a quel vincolo l'effetto di obbligare il professionista a confermare la sua offerta. È solo ricorrendo alla categoria della nullità di protezione per difetto di forma che si riesce a spiegare il diverso modo di operare di un contratto che, al tempo stesso, non vincola il consumatore ma vincola il professionista, così riconoscendogli, sia pure indirettamente, quel valore procedimentale condivisibilmente richiamato dall'Autore.

Può infatti ritenersi che, stante i vincoli di forma, al cui rispetto si subordina la valida conclusione del contratto, l'accordo telefonico si attegga, nella sua ridotta vincolatività prevista dal legislatore, come un mezzo preparatorio per la successiva conclusione del contratto. Il valore procedimentale, richiamato dalla dottrina, costituisce, dunque, una conseguenza della scelta del legislatore di negare validità al contratto per difetto di forma, assegnandogli il solo valore di costituire la fonte di un obbligo di conferma.

⁵² A.M. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*

L'onere formale imposto alle parti agisce pertanto sul procedimento di formazione del contratto con una efficacia selettiva, ossia precludendo il ricorso a tutti quegli schemi incompatibili con l'osservanza dell'onere stesso⁵³.

5. La procedura semplificata di cui all'ultimo periodo dell'art. 51, comma 6, cod. cons. Fattispecie forte a forma alternativa o fattispecie debole *ad probationem*?

Infine, merita di essere analizzato l'ultimo periodo dell'art. 51, comma 6, cod. cons., a tenore del quale le singole conferme «*possono essere effettuate, se il consumatore acconsente, anche su un supporto durevole*».

È comune convincimento che la disposizione in esame contempra una procedura semplificata e alternativa rispetto alla regola generale di forma sancita dal primo e dal secondo periodo⁵⁴. Invero, in forza del consenso del consumatore, il contratto telefonico si scioglie dal vincolo formale: forma scritta sottoscritta dal solo consumatore, per assumere la forma del supporto durevole. Per questa ipotesi, dunque, lo scambio di conferme scritte e sottoscritte lascia il posto alla formazione del consenso su tale supporto⁵⁵.

⁵³ F. ADDIS, *Diritto comunitario e "riconcettualizzazione" del diritto dei contratti: accordo e consenso*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 11, p. 874. Sulla capacità selettiva della forma di influire sul procedimento di conclusione del contratto, nel senso di non permettere il ricorso ad un procedimento privo della forma richiesta, già G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 37.

⁵⁴ Sembrano così orientati: S. PAGLIANTINI, *Commento all'art. 51*, cit., p. 179; M. LIBERTINI e M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 3, per i quali «l'interpretazione più lineare della complessa disposizione italiana è nel senso che la raccolta delle dichiarazioni confermate "su supporto durevole" sia interamente alternativa alla tecnica della sottoscrizione (cartacea o elettronica) e comprenda quindi l'invio da parte del professionista della conferma dell'offerta su un supporto durevole che resti nella disponibilità del consumatore (*fax*, chiavetta USB, messaggio *mm*s, messaggio *whatsapp*, etc.) e l'accettazione del consumatore su un supporto durevole che resti nella disponibilità del professionista».

⁵⁵ Sia pur in termini critici M. LIBERTINI e M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 6, ipotizzano che il testo dell'art. 51, comma 6, cod. cons. potrebbe suggerire anche una diversa interpretazione. Si potrebbe ritenere che «da prima frase, cioè quella che richiede una firma del consumatore, debba applicarsi a tutte le ipotesi contemplate dalla disposizione del comma 6. In tal caso la conservazione su supporto durevole, di cui parla l'ultima frase del comma 6, avrebbe ad oggetto non la "conservazione del consenso su supporto durevole

Il consenso del consumatore, richiesto dall'art. 51, comma 6, cod. cons., è volto ad ottenere la sua accettazione espressa a ricevere la conferma dell'offerta sul supporto durevole anziché in forma cartacea (o elettronica) sottoscritta, e a formulare anche la propria dichiarazione di conferma mediante analogo supporto privo di sottoscrizione.

Che si tratti di una procedura semplificata e alternativa rispetto alla tecnica delle conferme sottoscritte si evince anche dall'analisi dei lavori preparatori e dai dibattiti che si sono sviluppati in seno alle commissioni parlamentari competenti, dai quali emergono le numerose perplessità avanzate con riguardo alla originaria versione dell'art. 51, comma 6, cod. cons., licenziata dal Governo e sottoposta alle Camere, in sede consultiva. La prima stesura infatti non prevedeva la possibilità di fare ricorso al supporto durevole senza la sottoscrizione del consumatore per documentare la conferma del suo ordine⁵⁶. Questa previsione è stata introdotta dal Governo, in qualità di legislatore delegato, nella versione finale del d. lgs. n. 21/2014, in seguito alle osservazioni formulate dai parlamentari delle commissioni competenti nel corso dell'esame del provvedimento di iniziativa governativa⁵⁷.

Al fondo di questa modifica vi è stata la volontà di non snaturare le caratteristiche della vendita telefonica consentendosi il ricorso a

(come si è ipotizzato, nella ricostruzione normativa sopra esposta), bensì la “conservazione della firma su supporto durevole”. Per S. PAGLIANTINI, *Commento all'art. 51*, cit., p. 181, l'interpretazione che declina il terzo capoverso del comma sesto nei termini di un supporto durevole «conservare non il consenso del consumatore quanto e piuttosto la sua firma, con una *reductio ad unitatem* che vede la forma di questi contratti sempre così *ad substantiam* perché, ai fini di una valida stipula non sarebbe sufficiente una registrazione telefonica, pur conservata su supporto durevole, ma occorrerebbe un documento sottoscritto, ancorché poi trasmesso in via telematica», sebbene possa pure reggere sotto un profilo letterale, «non giova certo all'efficienza di un mercato concorrenziale l'irrigidire un dato normativo». Invero, «con un'interpretazione trasformante la firma del consumatore in un requisito infungibile, molto banalmente il *teleselling* scompare».

⁵⁶ Per l'esame dei lavori che hanno condotto all'attuazione della direttiva 2011/83/UE, si rinvia a: <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/docnonleg/26391.htm>; <http://www.parlamento.it/leg/17/BGT/Schede/Proc.ANLscheda28560.htm>. Anche l'Antitrust reputa che il terzo periodo dell'art. 51, comma 6, cod. cons. contenga una *procedura semplificata e alternativa* rispetto alla regola di forma di cui al primo periodo. Cfr. in questi termini i provvedimenti PS9981-SKY, cit., p. 16 e PS9983-H3G, cit., p. 8.

⁵⁷ A questo proposito si veda M. MAGLIO, *Come gestire il verbal order nelle attività di vendita telefonica dopo la riforma del codice del consumo*, in www.assoccontact.it.

modalità alternative, rispetto alla forma scritta e alla sottoscrizione del consumatore, per formare la sua adesione all'offerta anche nel corso della telefonata di vendita, attraverso la registrazione della stessa su un supporto durevole.

Se si ammette che l'ultimo periodo dell'art. 51, comma 6, cod. cons., regoli una procedura alternativa di conclusione del contratto, irriducibile nello schema di cui al primo e al secondo periodo, occorre verificare se il legislatore, nel codificare un contratto telefonico che si conclude con lo scambio di conferme su supporto durevole, abbia previsto un contratto *a-morfo*, com'è stato sostenuto⁵⁸, sia pur con qualche perplessità, o piuttosto regoli, come sembra preferibile, una fattispecie forte alternativa rispetto a quella descritta dai primi due periodi della disposizione in esame.

Secondo la prima prospettiva, sarebbe ravvisabile nella vendita telefonica un contratto *ex lege* bifronte caratterizzato da un doppio binario procedimentale⁵⁹ per il quale il trascorrere da un modello all'altro è lasciato alla volontà del consumatore che avrebbe il potere di scegliere se avvalersi della forma di protezione *ad validitatem* o di quella *ad probationem*⁶⁰.

Secondo la ricostruzione da noi suggerita, invece, l'art. 51, comma 6, cod. cons. descrive una fattispecie forte a forma alternativa: una più complessa – documento scritto e sottoscritto almeno dal solo consumatore – l'altra semplificata, per la quale è necessario e sufficiente lo scambio di conferme su supporto durevole. Al consumatore compete il potere di scegliere la forma della conferma e non già, come si è sostenuto, di «trasformare una forma di protezione *ad validitatem* in una *ad probationem*»⁶¹.

In altri termini, secondo la ricostruzione proposta, l'ultimo periodo del comma 6 dell'art. 51 cod. cons. non affiderebbe al consumatore il potere di rendere irrilevante ciò che per legge rileva ai fini della validità del contratto. La forma delle dichiarazioni è resa esplicita dal legislatore che ha attribuito pari valore al documento sottoscritto e al

⁵⁸ S. PAGLIANTINI, *Commento all'art. 51*, cit., p. 181; ID., *La riforma del codice del consumo*, cit., p. 811.

⁵⁹ Così S. PAGLIANTINI, *Commento all'art. 51*, cit., p. 181.

⁶⁰ S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, p. 180.

⁶¹ Così, invece, sembra orientato S. PAGLIANTINI, *op. loc. ult. cit.*

supporto durevole, lasciando al consumatore solo il potere di scegliere tra i due.

Dalla lettura dell'intero comma 6 dell'art. 51 cod. cons., si evince, infatti, che l'effetto che la legge riconnette per l'ipotesi di difetto di forma resta immutato: la non vincolatività. Le due forme sono tra loro equipollenti. Conseguentemente, se il consumatore ha optato per il supporto durevole, qualora questa forma non sia rispettata dal professionista, il contratto sarà nullo per difetto di forma, al pari di quanto previsto dal primo periodo della disposizione in esame con riguardo alla forma più complessa.

Non si dubita che il richiamo al supporto durevole evochi modalità empiriche che sembrano richiamare l'idea del documento, della *res*, della prova⁶²; tuttavia – restando sullo stesso piano argomentativo e dunque prestandosi attenzione alle parole impiegate dal legislatore – deve al contempo rilevarsi che, prima di richiamare il supporto durevole, il legislatore prescrive che dette conferme «*possono essere effettuate*»; un'espressione niente affatto neutra, che rimanda ad un fare, ad una forma della dichiarazione, ad una forma che concorre ad integrare gli elementi della fattispecie.

Quand'anche si volesse ritenere che la non vincolatività prevista dal primo periodo del comma 6 dell'art. 51 cod. cons. sia circoscritta al difetto di forma ivi regolato, reputandosi che per la mancanza del supporto durevole il legislatore non abbia previsto alcun effetto, può osservarsi, per contro – riprendendosi le argomentazioni di autorevole dottrina – che quando la norma indica la forma e tace, per sciogliere l'antico dilemma forma *ad substantiam* o forma *ad probationem* «nel dubbio si riterrà sempre che la forma sia essenziale e la mancanza di essa partorisca nullità»⁶³. Ancora, nella medesima prospettiva, si è osservato che «il legislatore sostanziale configura modelli di negozi, e non regola mezzi di prova»⁶⁴ ponendosi in luce come, a fronte di un principio di libertà dei mezzi di prova, la legge limita, con norme eccezionali, l'impiego delle singole prove. Sarebbe proprio l'eccezionalità dei divieti

⁶² F. CARNELUTTI, *La prova civile*, 2ª ed., Roma, 1947, pp. 130 ss.; ID., *Lezioni sul processo penale*, I, Roma, 1946, p. 221; N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, p. 84; ID., *Idola libertatis*, cit., pp. 60-61; sui concetti di *forma, prova e documentazione* si veda anche M. ORLANDI, *La paternità delle scritture. Sottoscrizione e forme equivalenti*, cit., pp. 26 ss.

⁶³ Così G. OSTI, voce *Forma (negli atti)*, in *Diz. prat. dir. priv.*, III, 1, Milano, 1923, p. 207.

⁶⁴ In questi termini, N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, cit., p. 150.

probatori che dovrebbe indurre a «considerare le prescrizioni di forma, non accompagnate da altra clausola, come prescrizioni di elementi di struttura»⁶⁵.

A corroborare l'interpretazione proposta – ossia, giova ribadirlo, che il legislatore non ha attribuito al consumatore il potere di rendere debole una fattispecie forte, ossia di rendere irrilevante la forma ai fini della costruzione della fattispecie – può osservarsi, *in limine*, come la forma rappresenti un requisito irrinunciabile e cogente sul quale le parti non possono in alcun modo incidere, costituendo un limite all'autonomia privata.

Il potere riconosciuto alle parti di adottare una determinata forma, ai sensi dell'art. 1352 cod. civ., non smentisce queste considerazioni. È comune convincimento che le forme convenzionali non costituiscano un indice della disponibilità, ma al contrario provino che le parti hanno la facoltà di rendere rilevante la forma allorquando la stessa non lo sia per legge, trasformando una fattispecie debole in una forte, ma non possono, per contro, rendere irrilevante ciò che è rilevante per l'ordinamento⁶⁶.

Il ricorso al supporto durevole sprovvisto di firma, come annunciato già da tempo in dottrina, sollecita piuttosto nuovi criteri di imputazione, non più legati alla sottoscrizione manuale⁶⁷ o a quella elettronica,

⁶⁵ N. IRTI, *op. ult. cit.*, p. 151. L'Autore, inoltre, con riguardo al formalismo nelle leggi speciali pone in luce come in questi casi, quando una legge speciale stabilisce un requisito di forma, questo deve intendersi indicato per la validità dell'atto. La forma *ad probationem* – come divieto di uso di determinate fonti probatorie – deve risultare espressamente dalla legge.

⁶⁶ N. IRTI, *op. loc. ult. cit.*, p. 152; A. GENTILI, voce «Documento informatico» (diritto civile), in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 657, il quale ribadisce come il regime convenzionale «possa irrigidire ed arricchire, ma non possa derogare alle regole di ordine pubblico sui requisiti formali di validità e di prova degli atti negoziali. Tutto quello che le parti possono fare, dunque, quanto agli aspetti sostanziali è di subordinare la valida costituzione del vincolo a requisiti di forma più intensi».

⁶⁷ I problemi che solleva la mancanza della sottoscrizione non sono certo nuovi nel dibattito giuridico. Già durante il vigore del codice di commercio gli artt. 45 e 47 cod. comm. si occupavano dell'efficacia giuridica dei *telegrammi* che, com'è noto, non sono né scritti né sottoscritti dal mittente. Per una lucida analisi di quelle disposizioni si rinvia agli studi di P. COPPA ZUCCARI, *I telegrammi in rapporto alle scritture private*, Roma, 1900; ID., *Efficacia giuridica dei telegrammi* (Studi sugli artt. 45 e 47 del codice di commercio), in *Studi Senesi. Scritti giuridici e di scienze economiche pubblicati in onore di Luigi Moriani nel XXXV anno del suo insegnamento*, vol. II, Torino, 1906, pp. 239 ss.

reclamando «una pronta e accorta disciplina legislativa (che) servirebbe a prevenire le tortuose strade dell'analogia e le arditezze della giurisprudenza»⁶⁸. Si tratta comunque di un problema diverso da quello in esame, che esula dall'ambito della nostra indagine. Il profilo formale e quello relativo all'imputazione rappresentano infatti fenomeni distinti: il primo intrinseco al segno, il secondo ad esso estrinseco⁶⁹.

Quanto al momento in cui il contratto può dirsi concluso – trascurandosi lo scambio di consensi su supporti durevoli come la posta elettronica, il *fax*, i messaggi *mms*, *whatsapp*, etc. per i quali, sia pur con i dovuti adattamenti, sembrerebbero applicabili gli artt. 1326 e 1335 cod. civ., – occorre comprendere, invece, se sia astrattamente configurabile un vero e proprio contratto telefonico, ossia un contratto che si perfeziona con l'accordo raggiunto oralmente per mezzo del telefono. L'interrogativo impone di verificare se la registrazione della telefonata, che cristallizza la conferma dell'offerta del professionista e la contestuale accettazione del consumatore, possa essere ascritta nel novero dei supporti durevoli.

A questo scopo occorre muovere dalla disamina della nozione di supporto durevole di cui all'art. 45, lett. l), stando alla quale deve intendersi per tale: «ogni strumento che permetta al consumatore o al professionista di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate». Rilevante ai nostri fini è anche il *considerando* 23 della direttiva 2011/83/

⁶⁸ N. IRTI, *op. ult. cit.*, pp. 135-136, già con riguardo al testo scritto, ma sprovvisto di firma autografa, rilevava come il requisito della sottoscrizione «storicamente legato al contratto tra persone presenti ed all'uso sociale delle lettere missive, si scopre ormai incompatibile con le moderne tecniche di fissazione e trasmissione della parola. I messaggi scritti vogliono liberarsi dal vincolo della firma e perciò sollecitano nuovi metodi di imputazione, nuovi criteri di riferimento alla persona del dichiarante. Metodi e criteri, non più legati alla firma autografa, ma all'uso esclusivo dell'apparato tecnico: codesta esclusività terrà il luogo della personalità della sottoscrizione». In argomento si vedano per tutti le pagine di M. ORLANDI, *La paternità delle scritture*, cit., *passim*.

⁶⁹ Su questi profili si rimanda alle riflessioni di M. ORLANDI, *op. ult. cit.*, pp. 54-55, per il quale: «da ogni punto di osservazione, il fenomeno imputativo si presenta incompatibile con il concetto di forma, poiché il giudizio sul soggetto non appartiene al giudizio formale (...) l'imputazione del testo non appartiene al profilo formale della scrittura e presuppone un testo formalmente perfetto. L'imputazione si risolve in un ulteriore giudizio su un testo, già formalmente perfetto: è la congiunzione tra testo e termine soggettivo».

UE che, oltre ad offrire preziose esemplificazioni⁷⁰, specifica anche che: «i supporti durevoli dovrebbero permettere al consumatore di conservare le informazioni per il tempo ritenuto necessario ai fini della protezione dei suoi interessi derivanti dalla relazione con il professionista».

Dunque, affinché possano ravvisarsi gli estremi di un *supporto durevole* si richiede che tale supporto, materiale o elettronico, possa essere “conservato” dal destinatario della dichiarazione, ossia messo nella piena disponibilità del consumatore per un congruo periodo di tempo⁷¹.

Stando a quanto ha di recente sancito l'*Antitrust*, sulla scorta di una fedele interpretazione delle disposizioni richiamate, la registrazione della telefonata che contiene le dichiarazioni del professionista e del consumatore è idonea ad integrare la nozione di supporto durevole di cui all'art. 45, lett. l), cod. cons. nella misura in cui il professionista memorizzi la registrazione telefonica in modo che il consumatore possa conservarla e riprodurla in futuro. Non basta una registrazione vocale della telefonata conservata dall'operatore e tenuta a disposizione del consumatore e a lui comunicata su semplice richiesta, occorre piuttosto che ne abbia lui stesso la piena disponibilità per un congruo periodo di tempo⁷².

L'*Antitrust* reputa dunque configurabile un contratto che per volontà del consumatore si concluda mediante un accordo telefonico registrato e messo a sua disposizione su un supporto durevole; tuttavia,

⁷⁰ Ai sensi del *considerando* 23 della dir. 2011/83/UE, «dovrebbero rientrare tra i detti supporti in particolare documenti su carta, chiavi USB, CD-ROM, DVD, schede di memoria o dischi rigidi del computer nonché messaggi di posta elettronica».

⁷¹ Si veda in questo senso il provvedimento dell'*Antitrust* PS9981-SKY, procedure di *teleselling*, cit., pp. 17-18; del medesimo tenore è anche il provvedimento PS9983-H3G, cit., p. 8; anche la Corte di Giustizia ha evidenziato che un supporto può essere durevole nella misura in cui consenta al consumatore di conservare le informazioni a lui destinate personalmente, garantisca l'assenza di alterazioni del loro contenuto, nonché la loro accessibilità per un congruo periodo di tempo e offra al consumatore la possibilità di riprodurle identiche. Per queste ragioni la Corte ha tendenzialmente escluso che possa essere considerato supporto durevole il *link ipertestuale* ad una pagina *web* del professionista, in quanto la pagina *web* può essere modificata unilateralmente dal professionista. Al contempo si è reputato astrattamente configurabile un sito (c.d. *sophisticated websites*) capace di preservare le informazioni da successive modifiche (Corte giust. UE, 5 luglio 2012, causa C-49/11, *Content Services LTD v. Bundesarbeitskammer*). Per un commento adesivo si veda S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo e trasparenza secondo il canone della Corte di Giustizia: i casi Content Services ed e.bookers.com alla luce della direttiva 2011/83/UE*, in *Obbl. e contr.*, 2012, pp. 872 ss.

⁷² Cfr. in questi termini i provvedimenti dell'*Antitrust*: PS9981-SKY, cit., p. 16 e PS9983-H3G, cit., p. 8.

specifica opportunamente, che nel caso in cui la conferma dell'offerta avvenga al telefono, «le relative condizioni, al pari delle altre informazioni che il professionista è obbligato a fornire prima della conclusione del contratto, devono essere illustrate in un linguaggio e con modalità comprensibili al fine di garantire la prestazione di un consenso consapevole da parte del consumatore».

6. La conclusione dei c.d. contratti telefonici di cui al primo e al secondo periodo dell'art. 51, comma 6, cod. cons.

Occorre ora approfondire la questione del momento di conclusione del contratto. L'equivoca formulazione del primo periodo dell'art. 51, comma 6, cod. cons., renderebbe ipotizzabili tre distinte soluzioni, tutte reputate astrattamente compatibili con il dato testuale⁷³. Da un lato, si configura un contratto telefonico che si conclude mediante la sottoscrizione, ma con effetti che retroagiscono al giorno in cui l'accordo telefonico è stato raggiunto; dall'altro, si ipotizza che il contratto si perfezioni per il solo fatto dell'avvenuta sottoscrizione del documento che lo contiene; infine, che il contratto sia concluso nel momento in cui il documento firmato dal consumatore e recante la sua accettazione giunge all'indirizzo del professionista.

Non si nega che l'ambiguità del testo normativo solleciti plurime interpretazioni; ciononostante, muovendo dal dato letterale, per il quale il consumatore «è *vincolato solo dopo aver firmato l'offerta o dopo averla accettata per iscritto*», sembrerebbe che la prima delle ipotesi suggerite, nel prospettare una sottoscrizione con effetti retroattivi, sia assolutamente priva di ogni riscontro positivo.

A ben vedere anche la seconda interpretazione non riesce pienamente persuasiva. Il legislatore, infatti, non prevede che il consumatore è vincolato nel momento in cui sottoscrive la conferma dell'offerta, ma indica in modo più generico che il vincolo sorge «*solo dopo*» la sottoscrizione, ossia in un momento ad essa successivo. La locuzione «*solo dopo aver firmato*» ha una valenza complessa perché, da un lato, pone un limite temporale prima del quale il consumatore non

⁷³ G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, cit., p. 957.

è vincolato, dall'altro, fissa una forma attraverso la quale deve essere espresso il consenso.

L'art. 51, comma 6, cod. cons., non ha introdotto un nuovo procedimento di formazione del contratto; piuttosto, imponendo determinati oneri formali, ha selezionato, escludendoli, tutti quei procedimenti incompatibili con i vincoli imposti.

Se si muove da questo convincimento, deve allora condividersi l'applicabilità ai contratti in esame degli artt. 1326, 1° comma, e 1335 cod. civ., secondo cui, il contratto si conclude allorché il documento di accettazione, sottoscritto dal consumatore, giunge all'indirizzo del professionista. Milita in questo senso l'art. 67, comma 2, cod. cons., laddove rinvia alle disposizioni del codice civile in materia di formazione ed efficacia dei contratti, per quanto non previsto dal Capo I relativo ai diritti dei consumatori.

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riguardo alla seconda parte del comma 6 dell'art. 51 cod. cons., che offre alle parti la possibilità di avvalersi, per la conferma dell'offerta, di un documento informatico in alternativa a quello cartaceo. Per questa eventualità è previsto espressamente che il consumatore possa ricorrere alla sottoscrizione con firma elettronica – di cui all'art. 21 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, recante il codice dell'amministrazione digitale – che prende il posto della sua firma cartacea autografa. Quanto alle regole sulla conclusione del contratto, nulla sembrerebbe cambiare rispetto allo scambio cartaceo, se non il fatto che per questa ipotesi assume rilevanza l'indirizzo telematico e non quello fisico delle parti.

Ragionando sulle conseguenze che discendono dalla descritta procedimentalizzazione del consenso, si è osservato come un'eventuale fornitura di beni o servizi che avvenga dopo il contatto telefonico, ma prima della conferma dell'offerta e della sua sottoscrizione da parte del consumatore, integri gli estremi di una «fornitura non richiesta». Così opinando ne discende che il consumatore che abbia ricevuto il bene o il servizio è esonerato dall'obbligazione di pagare il corrispettivo.

Si discute, invece, se sorga in capo al professionista una pretesa restitutoria ex art. 2041 cod. civ.

Secondo un'interpretazione fedele al dato positivo⁷⁴, la locuzione «prestazione corrispettiva» impiegata dall'art. 66 *quinquies* cod. cons. per la

⁷⁴ S. PAGLIANTINI, *Commento all'art. 51*, cit., p. 179.

fornitura non richiesta – a tenore del quale il consumatore è esonerato «dall'obbligo di fornire qualsiasi prestazione corrispettiva» – suggerirebbe di ritenere il consumatore tenuto alle restituzioni nei limiti dell'arricchimento *ex art. 2041 cod. cons.*

Quanti invece propendono per una soluzione di maggior favore per il consumatore, inevitabilmente lo esonerano «non solo dall'obbligazione di pagare il corrispettivo pecuniario contemplato dal contratto (al quale non è vincolato), ma (...) altresì (...) da qualsivoglia obbligazione restitutoria, risarcitoria o indennitaria nei confronti del professionista»⁷⁵.

Suggestiva è la proposta di distinguere il trattamento in ragione del tipo di contratto, se istantaneo o di durata, sulla condivisibile osservazione che «il fruire continuativamente di un servizio non è apparentabile *va da sé* alla consegna non richiesta di una cosa mobile»⁷⁶. Si tratta, tuttavia, di una tesi priva di conforto normativo perché l'art. 66 *quinquies* cod. cons., che regola la fornitura non richiesta, non distingue i beni dai servizi.

Per comprendere l'esatta portata della disposizione in esame occorre richiamare l'art. 26, lett. *f*), cod. cons. a cui l'art. 66 *quinquies* cod. cons. rinvia e che sembra offrire indicazioni utili per interpretare l'espressione in esame, stando alla quale, il consumatore è *esonerato dall'obbligo di fornire qualsiasi prestazione corrispettiva*. Il legislatore infatti vieta, in quanto aggressive, le pratiche consistenti nell'*esigere il pagamento* immediato o differito o la *restituzione* o la *custodia* di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto. Dunque, in forza di un'interpretazione sistematica delle disposizioni richiamate, è possibile attribuire un significato all'espressione utilizzata dall'art. 66 *quinquies* cod. cons. proprio attraverso il disposto dell'art. 26, lett. *f*), cod. cons. ed esonerare il consumatore, non solo dal *pagamento* del bene o del servizio fornito, ma anche dall'obbligo *restitutorio* o di *custodia*.

Il fatto che la fornitura non richiesta integri gli estremi di una pratica commerciale scorretta deve infatti indurre a ritenere che la ricezione del bene o del servizio non richiesto non determini a carico del consu-

⁷⁵ G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi*, cit., p. 958.

⁷⁶ S. PAGLIANTINI, *op. loc. ult. cit.*; ID., *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, cit., pp. 809 ss.

matore alcun obbligo di lealtà nei confronti del professionista. La fornitura in esame non impone al consumatore di conservare il bene con diligenza, né di astenersi da qualsiasi condotta suscettibile di provocare il suo deperimento o il suo danneggiamento.

Milita a favore di questa interpretazione anche la *ratio legis* che sottende gli istituti in esame. La finalità sanzionatoria della disciplina della fornitura non richiesta, reputata *pratica aggressiva*, nonché l'invito agli Stati membri di indicare sanzioni efficaci e dissuasive, che emerge dal *considerando* 57 della direttiva 2011/83/UE, offrono ulteriori argomenti a favore dell'interpretazione proposta⁷⁷.

Proprio in forza della *ratio* che ispira la disciplina delle forniture non richieste si è inoltre sostenuto che il consumatore sarebbe esonerato anche da tutte le altre obbligazioni restitutorie/indennitarie da *indebiti solutio* o da ingiustificato arricchimento che per legge dovrebbero scaturire dal comportamento tenuto dal consumatore verso la cosa o il servizio fornito e non richiesto⁷⁸. Potrebbe affermarsi, riprendendo le parole di Vivante, che chi è ricorso ad una fornitura non richiesta «deve imputare il danno che ne risente alla sua indiscrezione»⁷⁹.

In questa prospettiva può allora ritenersi che il legislatore, attraverso i precetti privatistici contenuti nella disposizione in esame, ha inteso regolare strumenti capaci di tutelare il consumatore e, al contempo, di dissuadere il professionista dal ricorso a queste pratiche aggressive, ferme le sanzioni pubblicistiche regolate dall'art. 27 cod. cons.

⁷⁷ Come evidenzia F. AZZARRI, *L'attivazione di un servizio oneroso in seguito al mancato rifiuto del consumatore e la disciplina delle forniture non richieste*, *L'attivazione di un servizio oneroso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 903, questa interpretazione è seguita anche dagli autori tedeschi, alcuni dei quali negherebbero al professionista persino la facoltà di rivendicare il bene in quanto detta azione comporterebbe per il consumatore un disagio incompatibile con il senso del § 241 a BGB; v. C. GRÜNEBERG, in *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch*, 74. Aufl., C.H. Beck, 2015, sub § 241 a, p. 261; per gli ulteriori riferimenti alla letteratura tedesca si rinvia a F. AZZARRI, *op. cit.*, p. 904.

⁷⁸ G. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 421, osserva come l'esigenza di disincentivare il ricorso alla prassi delle forniture non richieste e soprattutto di assicurare forme adeguate di tutela contro i rischi e i pregiudizi cui si trovano esposti i destinatari di beni e servizi non richiesti, non si presti ad essere soddisfatta dall'applicazione dei principi generali del diritto civile e questa consapevolezza ha suggerito ai legislatori dei diversi Stati membri e poi allo stesso legislatore europeo di intervenire con provvedimenti *ad hoc*.

⁷⁹ C. VIVANTE, *L'unità del diritto privato*, Prolusione pronunciata a Bologna nel 1892, e poi pubblicata come *Introduzione al Tratt. di dir. comm.*, V, I, Torino, 1922.

7. Tendenze evolutive della legislazione speciale: dal formalismo del rapporto al formalismo degli atti

La disciplina esaminata si rivela terreno di elezione per registrare delle tendenze che meritano di essere segnalate all'interno del discorso sulle tecniche di tutela del consumatore che il legislatore progressivamente sperimenta.

Può rilevarsi come la tutela del consumatore si arricchisca di una fase che fino ad ora era stata trascurata: la conclusione del contratto. L'attenzione del legislatore non è più rivolta solo all'informazione pre-contrattuale, al recesso, alla documentazione. Nel richiedere la forma scritta e la sottoscrizione del solo consumatore per la conclusione dei c.d. contratti telefonici, l'art. 51, comma 6, cod. cons., codifica un contratto formale e in questo modo non solo inverte una tendenza che aveva progressivamente abbandonato il ricorso alla sottoscrizione ma, al contempo, rompe la tradizione per la quale il formalismo delle leggi speciali si delineava come formalismo del rapporto, cioè degli atti destinati a modificare o estinguere il rapporto già costituito.

La tutela dell'autonomia privata, intesa come scelta consapevole, ha suggerito al legislatore di contrastare la velocità e la volatilità dei mezzi di comunicazione impiegati e a questo scopo ha reso più complesso il procedimento di formazione del contratto attraverso vincoli di forma al cui adempimento subordina il valido perfezionamento del contratto.

In particolare, la normativa in esame sembra aver superato l'equazione forma scritta = atto pubblico o scrittura privata, che non sembra rispecchiare la *ratio* propria della forma informativa, per integrare la quale il legislatore ha reputato sufficiente qualsiasi documento cartaceo o informatico, anche privo di sottoscrizione di entrambe le parti, dal quale il consumatore possa trarre conoscenza del contenuto del contratto ed esprimere un consenso consapevole⁸⁰.

⁸⁰ Con riguardo ai contratti d'investimento sottoscritti dal solo cliente si veda, tra gli altri, M. MAGGIOLO, *Forma, firma, informazione*, cit., spec. p. 9 del dattiloscritto, dove si nota la differente formulazione delle disposizioni degli artt. 23 Tuf., e 117, comma 1 del Tub., «le quali prescrivono entrambe che il contratto debba essere redatto per iscritto a pena di nullità ancorché relativa» e «della regola formale per eccellenza, l'art. 1350 c.c., là dove sotto la rubrica "*Atti che devono farsi per iscritto*" è richiesto che i contratti ivi menzionati siano redatti per atto pubblico o per scrittura privata a pena di nullità». Una nullità, che com'è noto e banale evidenziare, non è relativa. Non pare invece pertinente il richiamo all'art. 2705 c.c.,

Il saggio esamina il procedimento di formazione dei contratti telefonici e gli strumenti offerti dal legislatore per tutelare il consumatore che si avvale di tale tecnica di comunicazione a distanza.

The essay examines the process for the formation of contracts by telephone and the tools offered by the law to protect the consumer using this means of remote communication.

di recente segnalato da R. NATOLI, *Una decisione non formalistica*, cit., p. 487, per argomentare, condivisibilmente, che «non è vero che, nel sistema, non si diano scritte, pur non sottoscritte da tutte le parti, comunque produttive di effetti giuridici». Scrive Natoli: «Prima ancora di guardare alla legislazione nuova, basta allungare lo sguardo poco oltre l'art. 2702 c.c. per scorgere nel disposto dell'art. 2705 c.c., comma 1, c.c., una smentita testuale già a livello codicistico: il telegramma, infatti, ha l'efficacia probatoria della scrittura privata se è stato consegnato o fatto consegnare dal mittente, "anche senza sottoscriverlo". La non pertinenza ai fini del discorso in esame sta proprio nel richiamo alla efficacia probatoria. La disposizione richiamata affronta e risolve un problema di imputazione e non di forma. La consegna al mittente è un criterio alternativo alla sottoscrizione, che com'è ormai pacifico, è solo uno dei criteri di imputazione, «fungibile con altri segni, parimenti idonei a indicare l'autore della scrittura», così M. MAGGIOLO, *Forma, firma, informazione*, cit., p. 3 del dattiloscritto. Sulla fungibilità della sottoscrizione con altri segni si veda F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 197, ID., *Studi sulla sottoscrizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 516, dove si legge: «la dichiarazione di paternità si fa con il sottoscrivere e si prova con il sottoscritto; del resto (...) non sempre con questo né solo con questo».