UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI ROMA TRE

"DIPARTIMENTO DI SCIENZE AZIENDALI
ED ECONOMICO-GIURIDICHE"

Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia
"Tullio Ascarelli"

Sezione "Consumatori e Mercato"- XXI° ciclo
Coordinatore

Ch.ma Prof. ssa Liliana Rossi Carleo

TESI DI DOTTORATO

"SERVIZI TELEFONICI NON RICHIESTI"

Toutor
Ch.ma Prof.ssa
Rosaria Giampetraglia

Candidata
dott. ssa Leonella Di Mauro

ABSTRACT

Il lavoro di ricerca ha inteso analizzare il problema relativo alla tutela del consumatore/utente in relazione all'attivazione di un servizio telefonico, non richiesto, sia nella fattispecie onerosa che in quella gratuita.

La problematica, in particolare, si è posta in quanto dall'analisi dalla disciplina di settore e di quella consumeristica, è emersa la previsione di un diverso grado sanzionatorio per la condotta tenuta dal professionista, a seconda che la fornitura del servizio- telefonico- non richiesto, fosse onerosa o meno.

La questione si è posta in relazione al regime applicabile nel caso in cui la fornitura, in ipotesi lecita dunque non vietata, perchè gratuita, risulti in concreto, però, non solo non richiesta ma anche *non gradita* dal consumatore.

Il problema è stato affrontato partendo dall'analisi della disciplina di settore, delibere Agcom, al fine di individuare la *ratio* sottesa alla tutela del consumatore, nella disciplina della fornitura di servizi (telefonici) non richiesti .

Sul piano della disciplina di settore si è osservato che, in un primo momento, il fenomeno dell'attivazione di un servizio telefonico non richiesto è stato arginato dall'Autorità Garante nelle Telecomunicazioni prevedendo la necessaria e preventiva manifestazione di volontà dell'utente, in forma scritta, solo in relazione alla fattispecie di attivazione di un servizio telefonico a titolo oneroso.

Non era, dunque, prevista alcuna disciplina per la fattispecie relativa all'attivazione, gratuita, di un servizio telefonico non richiesto, ne trovava alcuna tutela, sul piano sostanziale della disciplina di settore, l'utente nel caso in cui avesse subito, in ogni caso, un danno dall'attivazione del servizio stesso. Successivamente, l'Autorità ha introdotto un sistema diversificato di tutela giustificato dall'onerosità o meno della fornitura, prevedendo il c.d. regime

dell'*opt in* per l'attivazione di servizi telefonici onerosi e dell'*opt out* per l'attivazione di servizi telefonici gratuiti.[1]

E' stato dunque necessario individuare una diversa *ratio* che fosse idonea a garantire una tutela uniforme dell'utente nell'ipotesi sia di attivazione di un servizio telefonico non richiesto a titolo oneroso che a titolo gratuito e che sottendesse alla scelta di una sanzione per la condotta del professionista non differenziata, in ipotesi di attivazione di servizio telefonico non richiesto sia a titolo oneroso che gratuito.

L'applicazione del principio dell'intangibilità delle sfere giuridiche individuali sul piano dei principi civilistici, è sembrata la *ratio* che meglio rispondesse alla tutela del consumatore sia nell'ipotesi di attivazione di servizio telefonico non richiesto sia a titolo oneroso che gratuito.

Il presupposto di illiceità della fattispecie sanzionata dall'art. 57 cod. cons. è la richiesta di pagamento da parte del professionista a fronte della fornitura di un bene o un servizio non richiesto dal consumatore.

La disposizione normativa in esame, art. 57 cod. cons., è stata interpretata alla luce di una *ratio* che abbia ad oggetto una tutela che mira a garantire il consumatore contro le aggressioni alla sua "sfera privata" arrecate dall'uso (nello specifico, dall'abuso) di tale pratica commerciale sleale, fornitura non richiesta, il cui fondamento normativo è da ricercare, specificamente nell'art. 17 dei *considerando* cod. cons.

Alla luce delle riflessioni svolte nei primi due capitoli, si è passati ad analizzare la problematica relativa al valore giuridico attributo al silenzio serbato dall'utente nella fattispecie fornitura di un servizio telefonico non richiesto, mettendo a confronto la disciplina civilistica con quella consumeristica.

---

[1] Cfr. Delibera n. 179/03/CPS AgCom "*Carta dei servizi di telecomunicazioni"*. Solo negli ultimi anni, l'Autorità ha adottato un disciplina unitaria, prevedendo il sistema *opt in* anche per l'attivazione di servizi telefonici non richiesti a titolo gratuito, v. Delibera n. 664/06 CONS AgCom *"Regolamento recante disposizioni a tutela dell' utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione nei contratti a distanza"*.

L' art. 57 cod. cons., può rivestire un significato più pregnante del richiamo della disciplina codicistica, sotto il profilo della tutela serbata al consumatore, se letto quale disposizione che limita l'accesso ai procedimenti "semplificati" di formazione dell'accordo contrattuale.

La disposizione *"in ogni caso la mancata risposta del consumatore non significa consenso"* è stata individuata come nucleo centrale della norma. Tale espressione va intesa nel senso che di qualsiasi natura sia, dunque a titolo oneroso o gratuito, il contenuto della fornitura offerta al consumatore senza suo previo ordine, il silenzio serbato dal consumatore di fronte a questa non può mai valere come consenso.

Un'interpretazione della disposizione in esame in tal senso, sortirebbe l'effetto di impedire, in ogni caso, l'utilizzo dello schema contrattuale dell'art. 1333 c.c., norma che altrimenti, potrebbe fare concludere che il silenzio, se non interrotto da un rifiuto, impegni contrattualmente l'utente, laddove si tratti di contratto con obbligazione a carico del solo professionista e dunque, essenzialmente, rispetto a servizi offerti a titolo gratuito.

In ultimo è stato affrontato il problema dell'individuazione dei profili patologici applicabili fattispecie *de quo.*

Il problema, in virtù delle riflessioni cui si è giunti nei precedenti capitoli, è stato affrontato ricorrendo alla categoria dell'inesistenza: nel caso *de quo*, manca, da parte di uno dei contraenti, l'utente, qualsiasi partecipazione volitiva (sia sotto la veste di proposta, che di accettazione), manca, dunque, quel nucleo minimo di fatti e/o elementi necessari e/o essenziali per potersi configurare l'esistenza di un contratto.

L'accordo tra compagnia telefonica e utente in merito all'attivazione di un servizio telefonico – non richiesto- è del *tutto inventato* dal primo contraente, dunque l'ipotetico contratto non è nullo per mancanza di uno degli elementi essenziali *ex* 1418 c.c., comma 2, ma è semplicemente insistente.

Alla luce delle osservazioni e delle conclusioni cui si è giunti nella trattazione della problematica in esame, si è profilata la possibilità di qualificare il danno non patrimoniale subito dall'utente, come danno da petulanza, come voce del danno esistenziale, proprio in quanto frutto della violazione del diritto alla diritto alla tranquillità individuale, *"The right to be let alone",* che verrebbe leso dalla compagnia telefonica sia in ipotesi di servizio telefonico non richiesto a titolo gratuito che oneroso.

Tale "petulanza" sarebbe da ascriversi alla persistente e reiterata condotta sollecitoria tenuta dalla Compagnie telefoniche. Nell'ipotesi di attivazione di un servizio non richiesto a titolo oneroso e gratuito, la "petulanza" potrà individuarsi in relazione all'aggressività che caratterizza l'insistenza del professionista che, con comportamenti invadenti, mira a condizionare le scelte negoziali del consumatore, o in relazione alla "petulanza" del servizio telefonico stesso non richiesto.

Si è inoltre tentato di ricostruire la figura del danno da petulanza come figura autonoma e distinta dal danno derivante dalla violazione del diritto alla *privacy.*

Il profilo discretivo tra il diritto alla *privacy* e diritto alla tranquillità individuale si coglie appieno nella fattispecie dell'attivazione di servizi telefonici non richiesti.

Si è osservato che quando manca la richiesta da parte delle Compagnie telefoniche o dei *call center,* del consenso dell' utente, necessario per l'attivazione di un servizio non richiesto, molto spesso a monte vi è l'uso illecito dei dati personali del consumatore.

Tale uso illecito è il mezzo fraudolento che consente agli operatori del settore di raggiunge in ogni caso la sfera giuridico - patrimoniale dell'utente ignaro.

La differenze con il diritto alla *privacy* è apprezzabile anche sul piano strutturale. Per la lesione di quest'ultimo diritto è sufficiente, invero, un solo atto che ad esso arrechi pregiudizio e tale atto si concretizza in una violazione di legge, prima a ancora che violazione del diritto stesso della vittima in questione.

Nel caso della violazione del diritto alla tranquillità individuale, normalmente, occorre la reiterazione con petulanza, della condotta sollecitoria.

Si è dunque concluso che l'attivazione di un servizio telefonico non richiesto e sgradito, qualora si concretizzi nelle suddette attività di petulanza, determinerebbe la violazione del diritto dell'utente alla tranquillità individuale, per gli inconvenienti creati dalla tensione derivante dall'interferenze della sfera privata, dalle interruzioni delle proprie abitudini e dalla alterazione della serenità necessaria per svolgere l'attività lavorativa e dunque sarà risarcibile come voce autonoma e distinta rispetto risarcimento del danno per violazione del diritto alla *privacy*.

INDICE

Introduzione.....*p. 11*

Capitolo I

Il PROBLEMA: tutela dell'utente e attivazione di servizi telefonici non richiesti a titolo oneroso e a titolo gratuito, in ogni caso *"sgraditi"*: applicazione del principio dell'intangibilità delle sfere giuridiche individuali. Maggiore tutela per il consumatore/utente nella disciplina di settore.

1. Presupposto storico-normativo del problema: la liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni.....*p. 27*

2. La gratuità della fornitura non richiesta non giustifica la diverisificazione del sistema di tutela: *opt in* per l'attivazione di servizi telefonici onerosi, *opt out* per l'attivazione di servizi telefonici gratuiti.....*p. 37*

3. L'intangibilità delle sfere giuridiche individuali e la tutela dell'utente dalle aggressioni alla "propria sfera privata": adozione del sistema *opt in* anche per l'attivazione di servizi telefonici non richiesti a titolo gratuito .....*p. 42*

4. Efficacia giuridica delle delibere dell'Autorità Garante nelle Comunicazioni e coordinamento con la disciplina generale.....*p. 46*

Capitolo II

Fornitura non richiesta onerosa e gratuita nella disciplina dei contratti a distanza. Maggiore tutela per il consumatore nella nuova formulazione dell'art. 57 cod. cons.

1. Disciplina di riferimento ed interessi protetti: tutela del consumatore dall'induzione all'acquisto. .....*p. 58*

2. Gli elementi qualificanti la fattispecie sanzionata dall'art. 57 cod. cons. (precedente formulazione): *"mancanza di previa ordinazione"* e *"richiesta di pagamento"*.....*p. 64*

3. Limite della disciplina: condotta vietata e condotta sanzionata. Non sanzionato l'invio di fornitura non richiesta a titolo gratuito, in ogni caso*"sgradita"* dal consumatore.....*p. 67*

4. La fornitura non richiesta come pratica commerciale scorretta: possibilità di ampliamento della fattispecie sanzionata anche per la fornitura non richiesta a titolo gratuito.....*p. 73*

5. Gli obblighi gravanti sul consumatore che abbia ricevuto un bene e/o servizio non richiesto. Le posizione della dottrina e della giurisprudenza: utilizzazione del bene, obbligo di custodia e di restituzione.....*p. 81*

Capitolo III

Fornitura di un servizio telefonico non richiesto e silenzio del cliente. Disciplina civilistica e consumeristica a confronto: inesistenza dell'accordo/contratto.

1. Non riconducibilità della fornitura di un servizio telefonico non richiesto alle tecniche di contrattazione a distanza: mancata formazione dell'accordo.....*p. 86*

2. Inapplicabilità dello schema di conclusione del contratto ex art. 1333 c.c., comma 2, all'ipotesi attivazione di un servizio telefonico non richiesto *"super vantaggioso"*..... *p. 88*

3. Divieto legale di attribuire al silenzio serbato dall'utente valore di accettazione tacita, art. 57 cod. cons.: divieto dispositivo e finalità di tutela. ..... *p. 90*

4. Il problema dell'individuazione dei profili patologici della fattispecie: tra nullità ed inesistenza del contratto. Esclusione dell'ipotesi di nullità ex. art. 1418 c.c. 1 e 2 comma e di nullità di protezione.....*p. 99*

5. Servizio telefonico non richiesto e silenzio dell'utente: inesistenza del contratto. Rilievi di applicazione pratica sotto il profilo degli effetti..... *p. 103*

Capitolo IV

"Il diritto ad essere lasciati in pace" e risarcimento del danno non patrimoniale per l'attivazione di un servizio telefonico non richiesto: il c.d. danno da *"petulanza"*.

1. L'attivazione di un servizio telefonico non richiesto quale pratica commerciale aggressiva *"petulante"*.....p. 109

2. Attivazione di un servizio telefonico non richiesto e sgradito: violazione del diritto alla tranquillità individuale dell'utente, *"the right to be let alone"*.....p. 111

3. Riconducibilità del fondamento normativo della violazione del diritto *de quo* all'interno del codice del consumo. .....p. 115

4. Elementi qualificanti del c.d. *"danno da petulanza"*: reiterazione e persistenza della condotta sollecitatoria della Compagnia telefonica.....p. 118

5. Differenza sostanziale e strutturale tra violazione diritto alla *privacy* e diritto alla tranquillità individuale..... p. 121

6. Attivazione di un servizio telefonico non richiesto gratuito e sgradito: il c.d. *spamming*. Tra tutela della *privacy* e tutela della tranquillità individuale.....p. 132

Conclusioni......p. 139

Bibliografia......p. 143

Giurisprudenza......p. 164

Introduzione

Il lavoro di ricerca ha inteso analizzare il problema relativo alla tutela da apprestare al consumatore/utente in relazione all'attivazione di un servizio telefonico, non richiesto, sia nella fattispecie onerosa che in quella gratuita.

La problematica, in particolare, è emersa dall'analisi della disciplina di settore e di quella consumeristica: si è osservato la previsione di una tutela differenziata per l'utente e la previsione di un diverso grado sanzionatorio per la condotta tenuta dal professionista, a seconda che la fornitura del servizio - telefonico - non richiesto, fosse onerosa o gratuita.

La questione si è posta, dunque, in relazione al regime applicabile nel caso in cui la fornitura, in ipotesi lecita non vietata, perchè gratuita, risulti in concreto, non solo non richiesta ma anche *non gradita* dal consumatore.[2]

Sul piano della disciplina di settore si è osservato che, in un primo momento, il fenomeno dell'attivazione di un servizio telefonico non richiesto è stato arginato dall'Autorità Garante nelle Telecomunicazioni[3] (di seguito Autorità) prevedendo

---

[2] Si pensi, per esempio, all'attivazione automatica e gratuita di una connessione *internet* nei riguardi di una famiglia i cui genitori non vogliono mettere a disposizione dei figli un accesso domestico a potenziale materiale diseducativo, o al bombardamento, sempre gratuito, di un utenza cellulare con sequenze di *news* in formato sms, c.d. *spamming*, con i relativi problemi di congestione del traffico telefonico e i problemi di comunicazione che ciò comporta per l'utente, lo stesso valga per il caso in cui il servizio o bene comporti oneri, non solo in termini economici che non sembra, in ogni caso, legittimo addossare al consumatore.

[3]La natura giuridica del contratto di telefonia che si instaura tra l'utente e la compagnia telefonica può essere ricondotta - secondo anche un orientamento della corte cost., v., da ultimo, Corte Cost. 20 dicembre 1998, n. 1104, con nota di Z. ZENCOVICH, "*La tutela costituzionale dell'utente telefonico e i riflessi sui servizi telematici",* in *Dir. informazione ed informatica,* 1999, p. 184 - al paradigma del contratto di adesione in virtù del quale è necessario il concorso della volontà dell'interessato alle clausole unilateralmente predisposte dall'ente gestore per il perfezionamento del rapporto. Le obbligazioni degli utenti trovano quindi la loro fonte immediata nel negozio, sulla natura del quale non incidono né il carattere pubblicistico della concessione né i poteri ed i limiti che in proposito la legge attribuisce; ma l'assoggettamento del contratto di telefonia alla disciplina privatistica non fa certo venir meno il carattere pubblicistico del servizio telefonico, attesa la particolare rilevanza della materia delle telecomunicazioni da parte delle Autorità Statuali competenti. La prevalente giurisprudenza ha consolidato il principio della natura privatistica del contratto di abbonamento telefonico il cui contenuto è predeterminato secondo uno schema al quale l'utente è libero di aderire senza però poterlo modificare cfr. sul punto Cass. Civ., sez. III, 28

la necessaria e preventiva manifestazione di volontà dell'utente,[4] in forma scritta, solo in relazione alla fattispecie di attivazione di un servizio telefonico a titolo oneroso.

Non era, dunque, prevista alcuna disciplina per la fattispecie relativa all'attivazione, gratuita, di un servizio telefonico non richiesto, nè trovava alcuna tutela, sul piano sostanziale della disciplina di settore, l'utente nel caso in cui avesse subito, in ogni caso, un danno dall'attivazione del servizio stesso. Successivamente, l'Autorità ha introdotto un sistema diversificato di tutela giustificato dall'onerosità o meno della fornitura: *opt in* per l'attivazione di servizi telefonici onerosi, *opt out* per l'attivazione di servizi telefonici gratuiti.[5]

Sul piano, strettamente consumeristico, si può affermare l'esistenza di una tutela sostanziale, in relazione alla fattispecie generale di fornitura non richiesta.

Si è osservato che la fornitura di "per se" non richiesta, diviene, però, amministrativamente illecita - *ex* art. 57 comma 1[6]- solo se comporta una

---

maggio 2004, n. 10313, in *Dir. e giust.,* 2004, p. 26; Cass. Civ., sez. III, 2 dicembre 2002 , n. 17041, in *Giust. civ. Mass.,* 2002, p. 2092; Cassazione civile , sez. III, 29 aprile 1997 , n. 3686, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 655. L'assoggettamento al regime normativo di diritto comune, nonché la natura adesiva del negozio di telefonia, ha posto l'attenzione sia della dottrina che della giurisprudenza, alla tematica inerente i diritti degli utenti- consumatori, nonché gli speculari obblighi di gestori di telefonia, anche alla luce della recente normativa contenuta nel codice civile e nel codice del consumo, in relazione alla vessatorietà delle clausole predisposte unilateralmente da una delle parti.

[4] Obbligo di richiesta scritta per l'attivazione della preselezione automatica, delibere AgCom 3/99/CIR.; 4/00/ CIR.; 4/03/CIR.).

[5] Cfr. Delibera n. 179/03/CPS AgCom "*Carta dei servizi di telecomunicazioni"*. Solo negli ultimi anni, l'Autorità ha adottato un disciplina unitaria, prevedendo il sistema *opt in* anche per l'attivazione di servizi telefonici non richiesti a titolo gratuito, v. Delibera n. 664/06 CONS AgCom *"Regolamento recante disposizioni a tutela dell' utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione nei contratti a distanza"*.

[6] L'art. 57 riproduce testualmente l'art. 9 del d.lgs n. 185/1999 (in attuazione della Direttiva n. 97/7CE sulla tutela del consumatore nei contratti a distanza). Le tecniche di contrattazione a distanza si caratterizzano per la loro particolare aggressività, in quanto capaci di raggiungere il consumatore nei luoghi di sua esclusiva pertinenza, quali il domicilio o la sede di lavoro, determinando, dunque, anche il pericolo di accettazioni affrettate ed inconsapevoli da parte del consumatore. Ne consegue che i consumatori, nella negoziazione a distanza, molto spesso, sono fortemente limitati nella possibilità di maturare un consenso pieno e consapevole e dunque non risultano in grado di valutare ne l'opportunità, ne la convenienza dei contratti che vengono a loro proposti, né di verificare la conformità dei beni e servizi che vengono loro forniti, rispetto alla previsioni prenegoziali e negoziali. Efficace sul punto N. SCANNICCHIO, *"Il perfezionamento del*

controprestazione che possa intendersi come "pagamento",[7] non strettamente innumerario.[8]

Alla luce della disciplina positiva si è osservato che la *ratio* della tutela apprestata dal legislatore comunitario al consumatore/utente, nell'ipotesi generale di fornitura di un servizio non richiesto, è quella di evitare che il consumatore (utente) sia indotto al pagamento servizi non desiderati o non richiesti a causa dell'erroneo convincimento di esservi giuridicamente tenuto per il solo fatto di averli ricevuti (talvolta sotto la spinta di pressioni indebite e/o sollecitazioni indesiderate da parte dei prestatori di beni o servizi) o di non averli restituiti. La *ratio* del legislatore comunitario è rivolta essenzialmente, a "*proteggere il consumatore da se stesso*", cioè dalle conseguenze della sua potenziale ignoranza o semplicemente ingenuità di fronte ad abusive e subdole forme di pressione e/o induzioni all'acquisto poste in essere dagli imprenditori.

La condotta del professionista sanzionata dall'art. 57 cod. cons., è l'induzione indebita all'acquisto e non semplicemente l'invio di fornitura sgradita non richiesta.[9]

---

contrattato", in *Diritto privato europeo*, II, p. 567, *" invece di essere il consumatore al andare al mercato è il mercato stesso ad andare dal consumatore".*

[7] Sul piano nazionale, un nel precedente decreto legislativo (n. 114/1998) *in materia di "Riforma della disciplina relativa al settore del commercio"***,** aveva già sanzionato la fornitura non richiesta, infatti all'art. 18, comma 2, prescriveva che fosse vietato inviare prodotti al consumatore se non a seguito di specifica richiesta, essendo invece solo consentito l'invio di omaggi o di prodotti che non comportassero spese o vincoli per il consumatore. Tale decreto legislativo è stato emanato in attuazione della legge 15 marzo 1997, n. 59, articolo 4, comma 4, lettera c), (recante delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa) il quale prevedeva che fosse anche riordinata la disciplina delle attività economiche ed industriali, in particolare per quanto riguarda il sostegno e lo sviluppo delle imprese operanti nell'industria, nel commercio, nell'artigianato, nel comparto agro-industriale e nei servizi alla produzione, *"al fine di promuovere la competitività delle imprese nel mercato globale e la razionalizzazione della rete commerciale, anche in relazione all'obiettivo del contenimento dei prezzi e dell'efficienza della distribuzione".*

[8] Si è voluti aderire alla dottrina che in via estensiva conclude a favore dell'inclusione nella nozione di pagamento, a questi fini, anche di una richiesta di rimborso di spese di invio o di spedizione, o di contributi comunque denominati, v. A. PUTIGNANI, "sub *art. 9, fornitura non richiesta* ", in *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza,* a cura di M. ATELLI, Torino, 2001, p. 248.

Il divieto espresso nell' art. 57, cod. cons, comma 1, infatti, trova il suo immediato riferimento normativo nell'art. 62 cod. cons., che ricollega alla violazione della suddetta norma, la sanzione amministrativa pecuniaria.

La condotta del professionista, invece non troverebbe un esplicito divieto nel caso di sollecitazione meramente promozionale e gratuita, in ogni caso *sgradita* dal consumatore, allorché essa non comporti richiesta di pagamento, nel senso atecnico con cui viene utilizzata questa locuzione.

Non è infatti risultato chiaro nè facilmente comprensibile, al riguardo, perché, pur vietandosi *ex* art. 58 cod. cons. la sollecitazione telefonica o l'uso-ingombro del fax per fini commerciali senza previo consenso del consumatore, non sia stato espressamente sanzionato il professionista in considerazione di quelle ipotesi in cui, al di là della richiesta di pagamento, il consumatore non voglia non soltanto rispedire al fornitore il bene fornito, non richiesto, ma neanche custodirlo presso di se o mantenere la disponibilità di un certo servizio.

Analizzata la disciplina di riferimento e la *ratio* alla quale essa essenzialmente risulta ispirata, si è proposti di valutare la problematica dell'attivazione dei servizi non richiesti alla luce di una diversa *ratio* che, in eguale modo, tuteli l'utente in relazione alla fattispecie *de quo* onerosa e gratuita, sia in relazione a principi più strettamente civilistici che consumeristici.

Sul piano civilistico, il principio dell'intangibilità delle sfere giuridiche individuali consente di considerare unitariamente l'ipotesi della fornitura non richiesta a titolo oneroso e quella a titolo gratuito.

Sul piano logico, prima che giuridico, il servizio oneroso può essere senz'altro assimilato alla lesione della sfera giuridica individuale perché nella stessa viene proiettato un effetto negativo.

---

[9] La fattispecie *"fornitura non richiesta"* ha trovato disciplina anche all'interno della Direttiva 2005/29 CE 11 maggio 2005, relativa alle *"pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno"*, lista nera -*black list* (allegato 1), *pratiche commerciali in ogni caso sleali*, all'interno dell'elenco delle pratiche commerciali aggressive in ogni caso sleali, n. 7 *"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"*oggi Decreto Legislativo 02/08/2007, n. 146.

Si scorge che il servizio oneroso produce in *re ipsa* un *vulnus,* che si concretizza nell'incidenza patrimoniale costituita dalla richiesta di pagamento del corrispettivo per la funzione del servizio.

Il fenomeno, però, se è di grande evidenza nell'ipotesi di servizio oneroso è parimenti considerevole nella fornitura- non richiesta- gratuita. Quest'ultima deve essere senz'altro riportata al principio dell'inderogabilità delle sfere giuridiche individuali per la considerazione che il legislatore nella disciplina civilistica (come, ad esempio, nel contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, nella donazione, nella remissione del debito e nel contratto a favore del terzo) ha inteso impedire anche agli effetti favorevoli di penetrare nella sfera giuridica altrui.

Sotto il profilo della disciplina strettamente consumeristico, invece, si cercato di individuare una diversa *ratio* che fosse idonea a garantire una tutela uniforme dell'utente nell'ipotesi sia di attivazione di un servizio telefonico non richiesto a titolo oneroso che a titolo gratuito e che sottendesse la scelta di una sanzione per la condotta del professionista non differenziata, in ipotesi di attivazione di servizio telefonico non richiesto sia a titolo oneroso che gratuito.

L'art. 57 cod. cons. è stato interpretata alla luce di una *ratio* che abbia ad oggetto una tutela che mira a garantire il consumatore contro le aggressioni alla sua "sfera privata" arrecate dall'uso (nello specifico, dall'abuso) di tale pratica commerciale sleale posta in essere dal professionista.

In via interpretativa si è, inoltre, cercato di individuare come fondamento normativo di tale *ratio* l'art. 17 dei *consideranda* della direttiva 97/7/CE relativa alla "protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza", recepita poi nel nostro ordinamento con d.lgs. 22 maggio 1999 n. 185, che testualmente dispone che*"occorre riconoscere al consumatore un diritto alla protezione della vita privata, segnatamente per quando concerne la tranquillità rispetto a talune tecniche di comunicazione particolarmente invadenti e che occorre pertanto precisare i limiti specifici all'impiego di tali tecniche*" e nell'art. 58 cod. cons.,

che espressione di tale principio, disciplina i "Limiti all'impiego di talune tecniche di comunicazioni a distanza" proprio in relazione alla "invadenza" di talune tecniche, nella sfera privata del consumatore.

Alla luce delle siffatte riflessioni svolte nei primi due capitoli, l'indagine ha toccato la problematica relativa alla valenza giuridica del silenzio serbato dall'utente a fronte dell'attivazione, sia onerosa che gratuita, di un servizio telefonico non richiesto, mettendo a confronto la disciplina civilistica con quella consumeristica.

Tale analisi è stata condotta al fine di accertare se, ed in quale misura la normativa consumeristica fosse idonea a preservare la libera volontà di contrarre[10] del consumatore dalle condotte invasive alla propria sfera giuridica, poste in essere dal professionista.

Alla luce di un'analisi interpretativa ispirata ad una visuale patrimonialistica del c.d. diritto alla *privacy* e alla tutela dell'equilibrio sociale dei "fenomeni" commerciali,[11] il secondo comma dell'art. 57 cod. cons., si propone in termini di tutela della libertà contrattuale, ancor più restrittivo, rispetto alla disciplina generale.[12]

---

[10] La forza di tale principio è, infatti, suscettibile di concrete utilizzazioni pratiche: tale principio difende il "singolo" da prestazioni indesiderate che, celandosi dietro contratti finti ed inesistenti, mirano ad imporre a tali soggetti deboli (quali sono ad esempio, gli utenti di servizi di telefonia fissa o mobile) scelte convenienti rispetto alla politica commerciale delle impresa e non necessariamente rispondenti agli interessi invidiali del consumatore.
V. ROPPO., *"Il contratto come accordo: volontà e libertà contrattuale*", in "*Il Contratto*", *Tratto di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2001, p. 24 ss. Efficace sul punto anche N. IRTI, *"Scambi senza accordo",* in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1998, I, p. 1 ss. Tale Autore sostiene in particolare che"*l'accordo è il risultato discorsivo e conoscitivo che media i punti di vista delle parti e risolve in unità la loro discorde dualità. Ma l'identità accordo- dialogo non esaurisce l'ampia gamma di significati che possono essere attribuiti al concetto <<normativo>> di accordo contrattuale, capace di esplicarsi attraverso procedimenti (quelli regolati dagli artt. 1326 ss. del codice civile) che non sempre si fondano sul <<dialogo>> tra le parti".*

[11] Cfr. sul punto A. PUTIGNANI, "*sub art. 9: fornitura non richiesta* ", in *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza*, a cura di M. ATELLI, Torino, 2001, p. 246

[12] La disposizione dell'art. 57, infatti, svolge la funzione di limite esterno delle nozione di contratto a distanza: dalla norma in esame si deduce *a contrario* l'esclusione, dell'invio o della fornitura di beni o servizi, non richiesti dal consumatore, dalle tecniche di contrattazione a distanza.

Tale disposizione infatti può rivestire un significato pregnante se letto quale disposizione che limita l'accesso ai procedimenti "semplificati" di formazione dell'accordo contrattuale, di matrice civilistica.

La "spia" di ciò dovrebbe rinvenirsi nella seconda parte del secondo comma art. 57 : *"in ogni caso la mancata risposta non significa consenso"*.

L'espressione *"in ogni caso"* andrebbe dunque interpretata come nucleo della norma: essa va intesa nel senso che, di qualsiasi natura sia il contenuto della fornitura - a titolo oneroso o gratuito - offerta al consumatore senza suo previo ordine, il suo silenzio, di fronte a questa, non può mai valere come consenso.

Dunque, anche ove la fornitura del bene o del servizio non comporti "richiesta di pagamento" (come previsto dal primo comma di detta disposizione), l'impegno contrattuale non può sorgere attraverso lo schema del silenzio - mancato rifiuto dell'utente poiché ai sensi dell'art 57 cod. cons., il destinatario avrebbe dovuto espressamente richiedere il consenso del consumatore. In tal caso, quindi, l'utente è *"protetto"* anche laddove il bene o il servizio gli vengano recapitati titolo gratuito.

Una siffatta interpretazione della disposizione in esame, sortirebbe l'effetto di impedire, in ogni caso, l'utilizzo dello schema contrattuale *ex* art. 1333 c.c., norma che altrimenti potrebbe fare concludere che il silenzio, se non interrotto da un rifiuto, impegni contrattualmente l'utente, laddove si tratti di contratto con obbligazione a carico del solo professionista e dunque, essenzialmente, rispetto ai servizi offerti a titolo gratuito.[13]

Si tratta di una disposizione normativa che, malgaro le enunciazioni, non si occupa della dogmatica contrattuale ne persegue l'intento di fornire alcuna definizione o indice di definizione del contratto a distanza. La norma in esame persegue un obiettivo di politica comunitaria, teso a garantire la simmetria delle informazioni e l'equilibrio contrattuale, senza, come precedentemente si è detto, volere interferire con la regolamentazione in tema di autonomia negoziale regolata dai vari Stati membri.

[13] La norma protegge il consumatore da un lato e dall'atro mette sull'avviso il professionista che non può contare sul significato concludente del silenzio dell'utente. Il silenzio di quest'ultimo, anche, di fronte a servizi gratuiti, non lo impegna contrattualmente, e se una compagnia telefonica offre "*in prova gratuita*" all'utente un servizio da lui ne richiesto ne ordinato (l'utilizzo di una linea *internet* super veloce, ad esempio) con il patto che in mancanza di disdetta entro certi termini

L'art. 57 cod. cons., così interpretato, si pone come una norma a tutela dell'autonomia delle sfere giuridiche individuali, non solo contro le intrusioni attualmente o potenzialmente gravose per il consumatore - utente, ma anche contro quelle oggettivamente vantaggiose (sul piano economico, perché gratuite) *"per il semplice fatto che sono intrusioni"*. Il principio dell'accordo, *rectius* consenso, sancito dall'art. 57 cod. cons., garantisce al consumatore che le proprie posizioni giuridiche non saranno incise per decisioni unilaterali di un altro soggetto, professionista o controinteressato.

L'analisi della fattispecie *de quo* ha condotto ad affermare che l'utente nell'ipotesi di servizi telefonici non richiesti, non ha accettato, non ha proposto e neppure ha concorso alla formazione del contratto mediante un silenzio - qualificato.

Sia, dunque, alla luce dell'applicazione della disciplina del codice civile, *ex* artt. 1326 c.c., 1327 c.c, 1333 c.c., sia alla luce della suddetta interpretazione della statuizione contenuta nell'art. 57 cod. cons. (testualmente "*la mancata risposta del consumatore non significa consenso"*) l'utente non ha fatto alcunché che possa fare pensare ad una sua qualche partecipazione al procedimento formativo di un contratto (o di una modifica contrattuale) che gli è stato, nella pratica, semplicemente imposto dal professionista, nella specie compagnia telefonica.

Il consenso in tali fattispecie, a ben vedere, non è semplicemente "catturato", come spesso avviene nel mondo degli affari e del commercio attraverso diversificate tecniche commerciali (scorrette o meno), ma piuttosto, è del tutto "inventato"[14] da parte delle aziende telefoniche.

---

l'utente si impegnerà ad utilizzare il servizio dietro corrispettivo, il consumatore può contare sul fatto che, non avendo egli mai chiesto né accettato detto servizio, l'art 57 cod. cons. (primo comma secondo la nuova formulazione) impedisce che il suo silenzio valga come accettazione, o comunque non consolida in suo capo alcun impegno contrattuale.

[14] V. al riguardo A. M. BENEDETTI, *"Offerta di variazione di tariffa di abbonamento telefonico, silenzio del cliente e mancato perfezionamento del contratto"*, in *Contratti*, n. 5, 2003, p. 438, l'Autore riguardo tali fattispecie parla di *"autopoiesi del contratto"*.

Se, infatti, vi è nullità per mancanza dell'accordo, *ex* art. 1418 c.c. comma 2, laddove sussista "*un'apparenza di dichiarazione riferibile alla parte*",[15] deve, piuttosto, ritenersi inesistente quel contratto che pure "invocato" [16] da qualcuno come tale (nella fattispecie *de quo,* l'ipotetica compagnia telefonica) risulta invece già, *prima facie,* non sussumibile nella fattispecie del contratto *ex.* art. 1325 c.c.

Tale assunto rende agevole dimostrare che la fattispecie in esame non rientra neanche nel campo applicativo delle nullità virtuali.

Sotto il profilo sistematico, lo stesso codice del consumo, avrebbe potuto prevedere, se questo fosse stato l'intento del legislatore, la comminazione della nullità di protezione nell'ipotesi di violazione dell' art. 57 cod. cons., così come ha, invece, espressamente indicato nelle ipotesi previste dall' art. 36 cond. cons. Nelle nullità di protezione, inoltre, la tutela è accordata al consumatore secondo un meccanismo non compatibile con l'irrilevanza o con l'inesistenza giuridica del contratto stesso.[17]

Il consumatore, infatti, in questo caso, può scegliere tra l'esercizio dell'azione di nullità e la domanda di esecuzione del contratto stesso.

Se si volesse, comunque, far rientrare tale fattispecie nell'ambito delle nullità virtuali *ex* art. 1418 comma 1, per violazione dell'art. 57 cod. cons., in forza del rinvio operato dall' art. 38 cod. del cons.,[18] si potrebbe obiettare che,

secondo una lettura unitaria[19] dell'art. 1418 c.c., le nullità virtuali *ex* art. 1418 c.c. comma 1, possono riconoscersi solo quando la violazione di una norma

---

[15] N. IRTI, *"La nullità come sanzione civile",* in *Contr. impr*., 1987, p. 541.

[16] V. ROPPO, *op. cit.,* p. 757, *"non basta , <invocare> un contratto come tale nei confronti di qualcuno per giustificarne l'esistenza".*

[17] Come autorevolmente sostenuto in dottrina, da M. NUZZO, *"art. 36, Nullità di protezione",* in *"Codice del consumo. Commentario"*, a cura di G. ALPA E L. ROSSI CARLEO, Napoli, 2005, pp. 253; ID, *"art. 38, Rinvio"* , op. cit., pp. 256 ss.

[18] *"Per quanto non previsto dal codice, ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista, si applicano le disposizioni del codice civile".*

[19] Cass. Civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, nota di V. ROPPO, "*Nullità virtuale e il contratto (di intermediazione finanziaria)"*, in *Danno e Resp*., n. 5, 2008, p. 525, *Cfr*. Cass civ., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it*., 2006, p. 1105, "*la contrarietà a norme imperative, considerata dall'art. 1418, comma 1, quale "causa di nullità" del contratto, postula, infatti, che*

imperativa, si traduca nella mancanza di uno degli elementi esenziali del contratto *ex* art. 1418 c.c., comma 2.

Per poter trovare applicazione l'ipotesi di nullità virtuale *ex* art. 1418 c.c., comma 1, è necessario, infatti, che l'oggetto del divieto contenuto nella norma imperativa riguardi gli elementi del contratto, mentre i comportamenti tenuti dalle parti rimangono estranei alla fattispecie negoziale e la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto.[20]

Avuto, dunque, riguardo al contenuto della disposizione contenuta nell'art. 57 cod. cons., non potrebbe in ogni caso trovare applicazione l'ipotesi di nullità virtuale *ex*1418 c.c. comma 1.

L'art 57 cod. cons., infatti al primo comma (precedente formulazione) pone un divieto comportamentale per il professionista, così come anche nella nuova formulazione (in attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori) che qualifica la fornitura non richiesta come pratica commerciale scorretta, proprio avuto riguardo al *"comportamento sleale"* posto in essere dal professionista.[21]

---

essa attenga ad elementi "intrinseci" della fattispecie negoziale, che riguardino, cioè, la struttura o il contenuto del contratto (art. 1418, secondo comma, c.c.)", con nota di E. SCODITTI, *"Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale"*. Ma anche numerose altre pronunce di merito: Trib. Torino, 12 aprile 2006, in *Giur. It*., 2006, p. 1630; Trib. Novara, 16 marzo 2006, in *Giur. Merito,* 2006, p. 1402; Trib. Catania, 22 novembre 2005, in *Foro it*., 2006, p. 1212; Trib. Genova, 2 agosto 2005, in *Danno e resp*., 2005, p. 1225.

[20] Cfr. Cass civ., 29 settembre 2005, n. 19024, op. ult. cit, 2005; Cass. Civ. 9 gennaio 2004, n. 111, Cass. Civ. 25 settembre 2003, n. 14234, in *Giur. Merito,* 2003, p. 1234; vedi anche quanto autorevolmente sostenutoin dottrina C. RABITTI, *"Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità"*, Roma, 1999, p. 58 ss, *"mentre nel giudizio di responsabilità il parametro è il comportamento individuale, nell'invalidità e diverso l'oggetto della valutazione: non più il comportamento che è estraneo all'atto ma l'autoregolamento che è costituito dalla fattispecie negoziale"*.

[21] *"Le situazioni previste dalla direttiva sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori consente di escludere la tesi della nullità, perché in nessun caso la violazione del divieto penetra nel contenuto del contratto attraverso uno dei suoi elementi costitutivi",* così come incisivamente sostenuto da autorevole autore M. NUZZO, *"Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*", in, "*Le pratiche commerciali sleali- direttiva comunitaria ed ordinamento italiano"- 300 Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*- a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007, pp. 237-238.

Il caso di specie, secondo i rilievi precedentemente svolti, potrebbe, dunque, essere assunto come esempio emblematico della categoria dell'inesistenza.

In relazione alla fattispecie in esame, l'attivazione di servizio telefonico non richiesto seguita dal silenzio dell'utente, non può "*fare da contratto*"[22] la sola dichiarazione della compagnia telefonica. Manca da parte di uno dei contraenti, l'utente, qualsiasi partecipazione volitiva (sia sotto la veste di proposta, che di accettazione), manca, dunque, quel nucleo minimo di fatti e/o elementi necessari e/o essenziali per potersi configurare l'esistenza di un contratto.

Nel caso *de quo*, infatti, l'accordo tra compagnia telefonica e utente in merito all'attivazione di un servizio telefonico è del tutto "inventato" dal primo contraente: l'ipotetico contratto non è invalido per mancanza di uno dei requisiti ma, è semplicemente insistente.[23]

Affinché possa parlarsi di contratto inesistente, ovvero affinché sussista una c.d. *"inesistenza significativa",*[24] è necessario non solo che una delle parte invochi l'esistenza di un contratto contro l'altra parte, ma anche che tale *invocazione* sia sostenuta da un minimo di evidenza dell'esistenza del contratto stesso, ancorché si tratti di una evidenza smentibile già *prima facie.*[25]

Nella prassi commerciale infatti, come spesso accade, le Compagnie telefoniche invocano la sussistenza di un contratto, sulla base di un'evidenza materiale – ipoteticamente - attestata dall'automatico addebito in bolletta di un servizio telefonico- non richiesto (qualora la Compagnia telefonica sia anche fornitrice dell'utenza telefonica dello stesso cliente), o da una missiva con cui la

---

[22] A. M. BENEDETTI, *op. ult. cit.,* pag. 441.

[23] F. SANTORO PASSARELLI, *"Dottrine generali del diritto civile",* Napoli, 1989, p. 242. Tale Autore sostiene che *"l'inesistenza sarebbe data da una incompletezza tale da escludere che in un fatto possa ravvisarsi un determinato negozio".*

[24] T. ASCARELLI, "*Inesistenza e nullità*", in *Riv. dir. proc.,* 1956, I, p. 61.

[25] E. TREROTOLA, "*Riflessioni in tema di inesistenza del negozio giuridico",* in *Giur. merito,* 1994, IV, p. 186. In dottrina si è fatto riferimento, ad esempio, all'ipotesi in cui, in sede processuale, l'attore esibisca in giudizio, a fondamento della sua domanda, un contratto che manchi di qualsiasi firma del convenuto o esibisca un'accettazione del convenuto palesemente difforme dalla propria proposta; in entrambi i casi il convenuto potrà eccepire l'inesistenza del contratto.

Compagnia stessa comunica all'utente di avere attivato tale servizio. Se, invece, la richiesta di pagamento, per l'automatica attivazione di un servizio telefonico - non richiesto - non è seguita e non è anticipata da alcun atto materiale che ne esprima la conclusione di un ipotetico contratto (come nel caso del c.d. *"spamming"*) non sarà necessario "invocare" la categoria dell'inesistenza ma, ancor più semplicemente, eccepire la non esistenza del contratto stesso, c.d. "*inesistenza non significativa*"[26].

L'inquadramento della fattispecie *de quo*, nella categoria dottrinale dell'inesistenza piuttosto che in quella legale della nullità, ha comportato riflessioni interessanti sotto il profilo dei diversi effetti ricollegabili alle categorie in esame che si rilevano di non poca importanza ai fini della maggior tutela assicurata, all'utente, dalla categoria dell'inesistenza.

Tale categoria delimita i confini entro i quali possono prodursi quei pur minimi effetti che talora la legge ricollega al contratto nullo, si impedisce in tal modo, la possibilità di potere invocare tali effetti in presenza di fattispecie che non presentano neppure i requisiti minimi affinchè possa parlarsi dell'esistenza di un contratto, ancorché nullo.

Il codice civile, infatti, prevede *ex* 1424 c.c.,[27] che un contratto nullo possa produrre gli effetti di un contratto diverso, allorquando ne contenga i requisiti di

---

[26] F. GIANNELLI - M. G. MAGLIO, *"Il negozio invalido ed il negozio compromesso, con riguardo alla inesistenza, alla nullità, all'annullabilità ed alla rescissione"*, in *Arch. civ*, 1999, p. 129 ss. Il *discrimen* tra inesistenza "significativa" ed inesistenza "non significativa" o "irrilevante" lo si può cogliere nell'ipotesi in cui una pretesa si dice fondata su un contratto, di cui non si fornisce alcun elemento, materiale e/o sostanziale, idoneo a configurarne la fattispecie (nessuna circostanza di tempo, di luogo, nessun documento cartaceo, o nessun elemento in base al quale il contratto potrebbe dirsi concluso oralmente o per comportamento concludente); in tale ipotesi non "c'è *bisogno <scomodare> la categoria dell'inesistenza, in quanto non c'è alcuna ragione di parlare di contratto"*.

[27] Vi sono anche, altre ipotesi in cui il legislatore ricollega alcuni effetti al contratto (o negozio) nullo: l'art. 799 c.c. , cosi come l'art. 590 c.c. in materia di disposizioni testamentarie nulle, prevede che gli eredi o gli aventi causa del donante di donazioni nulle, conoscendo la causa di nullità, possono confermare o dare volontaria esecuzione a tali donazioni, tale sanatoria comporta la piena efficacia della donazione, così che tali donanti non potranno più esercitare l'azione di nullità; l'art. 2126 c.c., prevede che il contratto di lavoro nullo (purchè non illecito) è efficace per il periodo in cui il rapporto di lavoro ha avuto esecuzione, e comunque attribuisce al lavoratore il diritto retribuzione.

sostanza e di forma- "*qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito delle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità"* -, un contratto inesistente, invece, non può essere, prima sul piano logico e poi su quello giuridico, suscettibile di "*conversione", ex* art. 1424 c.c., in quanto non può aversi conversione se non c'è sussistenza di contratto (pure se nullo).

Potrebbe, eventualmente, parlarsi di formazione *ex novo* di un contratto prima non esistente.

Si è in fine concluso che la possibilità di inquadrare l'ipotesi in esame - fornitura di servizio telefonico non richiesto e silenzio dell'utente - nella categoria dell'inesistenza consentirebbe, di tutelare il cliente da qualsiasi minimo effetto che si potrebbe ricollegare ad un contratto (avente ad oggetto l'attivazione di un servizio telefonico non richiesto) nullo.[28]

Sul piano della disciplina strettamente consumeristica, qualificare la fattispecie in esame inesistente sul piano del rapporto obbligatorio, ha indotto ad ulteriori rilievi. Per il consumatore/utente che abbia "coattivamente" ricevuto l'attivazione di un servizio telefonico (aggiuntivo o meno) non richiesto e non voluto non sarà neppure necessario esercitare il diritto di recesso - *ex* art. 64 cod. cons.[29] - che, in ogni caso, rappresenta un mezzo a tutela della scelta commerciale del consumatore, accordando allo stesso la possibilità di scioglimento unilaterale del contratto, esercitatile, però, entro determinati limiti di tempo.

Presupposto per l'esercizio del diritto di recesso è *in primis* la sussistenza di un contratto e dunque l'avvenuto scambio del consenso tra consumatore e

---

[28] Ad esempio, allorquando la compagnia telefonica eccepisse che il contratto nullo (o la clausola nulla) sia stato convertito in un altro - *che ne contenga i requisiti di sostanza e di forma* - con il consenso della controparte/utente, estorcendo, però, il consenso dello stesso con un'ulteriore pratica commerciale- ingannevole o aggressiva - scorretta.

[29] R. GIAMPETRAGLIA "*art. 64. Esercizio del diritto di recesso"*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. ALPA E L. ROSSI CARLEO, op. cit., p. 457. il diritto di recesso trova giustificazioni in tali forme di contrattazione proprio per la limitata libertà di scelta offerta al consumatore, per l'effetto sorpresa derivante sia dall'iniziativa promozionale assunta all'imprenditore sia dalla circostanza che il bene o il servizio non può essere visionato prima o al momento dell'acquisto, soprattutto nella contrattazione *inter absentes*, o perché il consenso prestato non è sufficientemente informato.

professionista prestato, o fuori dai locali commerciali ovvero attraverso una tecnica di contrattazione distanza.

A fronte dell'attivazione di un servizio telefonico non richiesto dall'utente, il servizio telefonico *ab origine* non è mai stato né voluto nè richiesto, l'utente non mai ha prestato e manifestato la propria a volontà a contrarre, non sussiste alcun *nesso eziologico* tra le prestazioni a carico delle parti.

Sul piano tecnico-giuridico, dunque, non sarebbe possibile parlare di risoluzione unilaterale di un contratto di fatto mai avvenuto, né sul piano della tutela, sarebbe giustificato accordare uno *ius poenitendi*, se manca il presupposto giuridico- fattuale, il contratto, cui è ricollegato il *diritto al ripensamento* del consumatore.

Sul piano pratico, aderendo a tale impostazione, la *"vittima"* di un'attivazione di un servizio telefonico non richiesto, non sarà vincolata nei limiti temporali previsti dal cod. cons. per l'esercizio del recesso, ma, potrà, sempre eccepire l'inesistenza del contratto senza limiti decadenziali o prescrizionali.

Si é da ultimo, passati ad esaminare il problema del profilo del risarcimento del danno non patrimoniale ricollegato all'attivazione di un servizio telefonico non richiesto.

Alla luce delle osservazioni e delle conclusioni cui si è giunti nei precedenti capitoli, si è profilata la possibilità di qualificare il danno non patrimoniale subito dall'utente, come danno da petulanza, quale voce del danno esistenziale e distinto dal danno per violazione della *privacy*.

Tale "petulanza" sarebbe da ascriversi alla persistente e reiterata condotta sollecitoria tenuta dalla Compagnie telefoniche. Nell'ipotesi di attivazione di un servizio non richiesto a titolo oneroso e gratuito, la "petulanza" potrà individuarsi in relazione all'aggressività che caratterizza l'insistenza del professionista che, con comportamenti invadenti, mira a condizionare le scelte negoziali del

consumatore,[30] o in relazione alla "petulanza" del servizio telefonico stesso non richiesto.[31]

Il profilo discretivo tra il diritto alla *privacy* e diritto alla tranquillità individuale si coglie appieno nella fattispecie dell'attivazione di servizi telefonici non richiesti.

Si è osservato che quando manca la richiesta da parte delle Compagnie telefoniche o dei *call center,* del consenso dell' utente, necessario per l'attivazione di un servizio non richiesto, molto spesso a monte vi è l'uso illecito dei dati personali del consumatore. Tale uso illecito è il mezzo fraudolento che consente agli operatori del settore di raggiunge in ogni caso la sfera giuridico - patrimoniale dell'utente ignaro. Le ripetute violazioni del diritto all'utilizzo lecito e corretto dei dati personali nella prestazione dei servizi di comunicazione elettronica, sono infatti, strettamente connesse all'indebita attivazione di contratti con nuovi operatori,[32] schede[33] o servizi telefonici aggiuntivi[34] non richiesti dagli interessati.

---

[30] M. DONA, "*L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell'allegato I, della direttiva 2005/29/CE",* in *Le pratiche commerciali sleali- direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* - 300 Quaderni di Giurisprudenza Commerciale- a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007, pp. 211. Tale autore, in via teorica, suddivide le pratiche commerciali sleali in ogni caso aggressive in tre diverse categorie: pratiche minatorie, petulanti e defatiganti. In particolare, definisce come petulante il comportamento del professionista che consiste 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".*

[31] Ad esempio l'attivazione automatica e gratuita di una connessione *internet* nei riguardi di una famiglia i cui genitori non vogliono mettere a disposizione dei figli un accesso domestico a potenziale materiale diseducativo, o al bombardamento, sempre gratuito, di un utenza cellulare con sequenze di *news* in formato *sms*, c.d. *spamming*, con i relativi problemi di congestione del traffico telefonico e i problemi di comunicazione che ciò comporta per l'utente.

[32] I dati personali di utenti già abbonati di un gestore di telefonico sono trattati da parte (o per conto) di un altro operatore, senza l'informativa, ex. art. 13 codice della *Privacy,* e in assenza di un consenso preventivo, ex art. 23 stesso codice. Tale trattamento viene effettuato per attivare il servizio di instradamento della linea verso un operatore diverso da quello di origine, tramite selezione automatica, c.d. *carrier pre-selection*.

[33] Tale fattispecie riguarda l'indebito trattamento dei dati di persone nei cui confronti sono attivate a loro insaputa alcune schede di telefonia mobile, a volte anche per ingenti quantità, perfino a centinaia. In alcuni casi l'Autorità è stata interessata direttamente dall'autorità giudiziaria inquirente in relazione ad indebite attivazioni risultanti da procedimenti penali in corso. gli intestatari vengono a conoscenza dell'attivazione delle schede raramente o tardivamente, e magari solo a seguito di loro richieste di accesso a dati personali rivolte all'operatore. Nel frattempo, le utenze sono a volte utilizzate per attività che comportano conseguenze spiacevoli per gli intestatari; in alcuni casi, questi ultimi si trovano persino sottoposti ad indagini penali che

La differenze con il diritto alla *privacy* è apprezzabile anche sul piano strutturale. Per la lesione di quest'ultimo diritto è sufficiente, invero, un solo atto che arrechi pregiudizio e tale atto si concretizza in una violazione di legge, prima ancora che violazione del diritto stesso della vittima in questione.

Per la violazione del diritto alla tranquillità individuale, normalmente, occorre la reiterazione con petulanza, della condotta sollecitoria.

L'attivazione di un servizio telefonico non richiesto e sgradito, dunque, qualora si concretizzi nelle suddette attività di petulanza, determinerebbe la violazione del diritto dell'utente alla tranquillità individuale, *"per gli inconvenienti creati dalla tensione derivante dall'interferenze alla sfera privata, dalle interruzioni delle proprie abitudini e dalla alterazione della serenità necessaria per svolgere l'attività lavorativa"*[35] e sarebbe risarcibile come voce autonoma e distinta rispetto risarcimento del danno per violazione del diritto alla *privacy.*[36]

---

interessano l'intercettazione o il traffico telefonico della scheda falsamente intestata, oppure altre persone che l'hanno utilizzata nel quadro di attività criminose. Alcune false intestazioni risultano effettuate addirittura utilizzando schede dati di persone decedute.

[34] I personali di abbonati risultano trattati indebitamente, sempre in assenza sia dell' informativa sia del consenso, anche da parte di operatori diversi da quello che essi hanno prescelto, al fine di attivare servizi di telefonia ulteriori rispetto ad una linea telefonica di base, ad esempio, servizi di segreteria telefonica, tariffe telefoniche *"flat"* o linee per la navigazione veloce in *Internet*.

[35] L. DI BONA DE SARZANA, *"Quando il telefono non squilla più: le Corti di merito, i danni micro -esistenziali e nuove funzioni di risarcimento. Un inadempimento e una "minaccia": due esempi di danno esistenziale?"*, nota a Giudice di pace di Roma, Sez. IV, 11 luglio 2003, Giudice di Pace di Napoli, 22 settembre 2003, in *Danno e resp.,* I, 2004, p. 86 ss.

[36] Il risarcimento dei danni per violazione del diritto della privacy ha come fondamento l'art. 2050 c.c. per espresso rinvio dell' art. 15 Codice della *privacy, "Danni cagionati per effetto del trattamento* espressamente sancisce*"1. Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile."*

Capitolo I

IL PROBLEMA: tutela dell'utente e attivazione di servizi telefonici non richiesti a titolo oneroso e a titolo gratuito, in ogni caso "sgraditi": applicazione del principio dell'intangibilità delle sfere giuridiche individuali. Maggiore tutela per il consumatore/utente nella disciplina di settore.

SOMMARIO: 1. Presupposto storico-normativo del problema: la liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni. - 2. La gratuità della fornitura non richiesta non giustifica la diversificazione del sistema di tutela: *opt in* per l'attivazione di servizi telefonici onerosi, *opt out* per l'attivazione di servizi telefonici gratuiti. - 3. L'intangibilità delle sfere giuridiche individuali e la tutela dell'utente dalle aggressioni alla "propria sfera privata": adozione del sistema *opt in* anche per l'attivazione di servizi telefonici non richiesti a titolo gratuito - 4. Efficacia giuridica dei provvedimenti dell'Autorità Garante nelle Comunicazioni e coordinamento con la disciplina generale.

1. Presupposto storico-normativo del problema: la liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni.

Nella prassi commerciale del settore delle telecomunicazioni degli ultimi tempi, si rilevano numerosi casi in cui i gestori telefonici[37] attivano servizi

[37] Al fine di circoscrivere l'ambito oggettivo di applicazione della problematica in oggetto, la tutela del consumatore in relazione alla pratica commerciale dell'attivazione di servizi telefonici non richiesti, non si può prescindere da una preliminare disamina circa la natura giuridica del rapporto di telefonia. La relazione che si instaura tra gestore del servizio telefonico e utente del servizio può dirsi, *icto oculis,* riconducibile allo schema generale dei contratti per adesione. In particolare, così come per i contratti aventi ad oggetto l'erogazione di altri servizi di pubblica utilità, come ad esempio il contratto di somministrazione di energia elettrica, anche nel settore delle telecomunicazioni, il rapporto tra consumatore e gestore del servizio si instaura secondo schemi regolamentari uniformi, predisposti unilateralmente e destinati a trovare applicazione per una serie indefinita di rapporti con l'utenza. Nel codice civile non si rinviene espressamente la nozione dei contratti per adesione, il codice, invero, si preoccupa di disciplinare tali contratti solo sotto il profilo degli effetti; nella letteratura italiana, tra i primi lavori che hanno tentato una ricostruzione sistematica dei contratti per adesione si ricordano A. GIORDANO, "*I contratti per adesione"*, Milano, 1951 e in *Scritti per* A. SCIALOJA, Bologna, 1953; A. GENOVESE, *"Osservazioni de iure condendo circa le condizioni generali di contratto",* in *Foro it.,* IV, 1962, p. 120; A. DI MAJO, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, in *Studi in onore di _F*

F. SANTORO PASSARELLI, Napoli, 1972, p. 99; M. NUZZO, "*Predisposizione di clausole e procedimento del contratto",* in *Studi in onore di* F. SANTORO PASSARELLI, III, Napoli, 1972, p. 549.
La necessità degli imprenditori o gestori di fare ricorso agli schemi previsti dall'art. 1431 c.c. per le condizioni generali di contratto e/o dall'art. 1342 c.c. per il contratto concluso mediante moduli o formulari (c.d. contratto tipo, strumento materiale più comune attraverso cui il predisponente provvede alla disciplina uniforme dei propri rapporti contrattuali, si cfr. al riguardo M. DOSSETTO, *"Le condizioni generali di contratti conclusi mediante moduli o formulari",* Padova, 1951) è, infatti, ancor più di solare evidenza nei settori relativi all'erogazione servizi di pubblica utilità poichè, in quanto tali, interessano una moltitudine di consociati corrispondente all'intera, o quasi, collettività; si segnala, sul punto, *ex multis,* S. PATTI, "*Le condizioni generali di contratto ed i contratti del consumatore",* in *I Contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, Torino, I, 1999, p. 295; G. ALPA,*"Contratti di massa, profili generali"*, in *Enc. dir. Aggionr.* I, 1997, p. 403; V. ROPPO, *"Contratti standard"*, Milano, 1997. I contratti per adesione si caratterizzano non solo in quanto destinati a regolare la generalità dei rapporti posti in essere da una parte ma anche, in quanto predisposti unilateralmente da questa. Questo secondo requisito relativo alla predisposizione unilaterale del contratto per adesione, ha posto in dottrina il dibattito sul se la natura giuridica di tale tipo di contratto, fosse comunque negoziale ovvero normativa in quanto, si è obiettato, mancherebbe in tale fattispecie l' *iter* formativo del contratto, cioè la fase delle trattative negoziali. La teoria c.d. normativa dei contratti per adesione trova origine nella dottrina francese in particolare, cfr. R. SALEILLES, "*De la dèclaration de volontè. Contribution à l'ètude de l'acte juridique dans le cond civil allemand"*, Parigi, 1972, p. 229, mentre in Italia tra gli autorevoli sostenitori di tale teoria si v. M. BESSONE, "*Contratti per adesione e natura ideologica del principio di libertà contrattuale"*, in *Saggi di diritto civile*, Milano, 1979, p. 127; V. REALMONTE, "*Condizioni generali di contratto"* Milano, 1975. Tale problema si pone, in modo particolare, rispetto a settori di mercato, come quello della telefonia, che hanno ad oggetto la fornitura di beni o l'erogazione servizi di tale rilievo economico, sia per la "qualità" del bene o servizio stesso sia perché interessano settori di tendenziale monopolio, che determinano in capo all'imprenditore - predisponente una posizione di particolare supremazia nei confronti del consumatore - aderente. In tali ipotesi le condizioni generali di contratto predisposte dall'erogatore - imprenditore potrebbero assurgersi ad un comando giuridico poichè si impongono come atto di imperatività di fatto, con i caratteri dell'uniformità, ad una collettività indeterminata, c.d. utenza, a cui non resta altra libertà se non quella di accettare o meno le clausole unilateralmente predisposte. Sul problema relativo all'individuazione della natura giuridica del contratto per adesione si cfr. in dottrina C. M. BIANCA, *"Le condizioni generali di contratto"*, Milano, 1979; M. NUZZO, "*Condizioni generali di contratto*", in *Dizionario del diritto privato*, a cura di N. IRTI, Milano, 1980, p. 157, U. MORELLO, *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. disc. pirv.*, III, 1988, p. 357. L'individuazione circa la natura giuridica del rapporto di telefonia, inoltre, si pone in termini ancor più ardui dal momento che tale rapporto non solo è frutto della predisposizione unilaterale dall'erogatore del servizio stesso, ma, avendo ad oggetto l'erogazione di un servizio di pubblica utilità, è anche integrato da norme speciali e regolamentari. La Corte Costituzionale è intervenuta sul punto e aderendo alla più accreditata teoria c.d. negoziale del contratto per adesione, ha sostenuto che la natura giuridica del rapporto che si instaura tra l'utente e la compagnia telefonica è da ricondursi al paradigma negoziale in virtù del quale per il perfezionamento del rapporto stesso è necessario il concorso della volontà dell'aderente per l'accettazione delle clausole unilateralmente predisposte dall'ente gestore, sul punto da ultimo cfr. Corte Cost., 20 dicembre 1998, n. 1104, con nota di Z. ZENCOVICH, "*La tutela costituzionale dell'utente telefonico e i riflessi sui servizi telematici",* in *Dir. informazione ed informatica,* 1999, p. 184, mentre per la dottrina aderente alla teoria negoziale del contratto per adesione si cfr. A. GENOVESE, voce "*Contratto di adesione",* in *Enc. dir.,* X, Milano, 1962, p. 123; M. NUZZO, "*Condizioni generali di contratto",* op. ult. cit*.,* Milano, 1980, p. 167; G. MIRABELLI, *"Dei contratti in generale",* Torino, 1987, p. 133. Le obbligazioni degli utenti trovano infatti, la loro fonte immediata nel negozio, sulla natura

aggiuntivi, non richiesti[38] dall'utente, oppure casi nei quali l'utente viene a conoscenza di essere divenuto "cliente" di un nuovo operatore solo al ricevimento della prima bolletta telefonica. Si rinvengono altri casi analoghi, riguardanti anche la telefonia mobile.[39]

---

del quale non incide il carattere pubblicistico della concessione del servizio stesso. La giurisprudenza pacificamente riconosce, infatti, natura privatistica al contratto di abbonamento telefonico, il cui contenuto, si afferma, è predeterminato secondo uno schema contrattuale al quale l'utente è libero di aderire senza poterlo modificare, in tal senso cfr. Cass. Civ., sez. III, 28 maggio 2004, n. 10313, in *Dir. e giust.,* 2004, p. 26; Cass. Civ., sez. III, 2 dicembre 2002 , n. 17041, in *Giust. civ. Mass.,* 2002, p. 2092; Cass. Civ. , sez. III, 29 aprile 1997, n. 3686, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 655. Tale impostazione giurisprudenziale sembrerebbe rifarsi alla teoria della c.d. "dichiarazione tipizzata", secondo cui la dichiarazione dell'aderente si configura come un comportamento al quale la legge attribuisce un contento e significato tipico, cioè l'accettazione delle clausole unilateralmente predisposte; sul punto cfr. come autorevolmente sostenuto dal A. GENOVESE, voce "*Contratto di adesione",* op. ult. cit., p. 804. La natura negoziale del contratto di abbonamento telefonico è stata di recente confermata dalla Suprema Corte - Sez. Unite, 8 marzo 2006, n. 4896, in *Foro it*., I, 2006, p. 405 - la quale in materia di riparto di giurisdizione, ha stabilito che nelle relazioni tra gestore telefonico e destinatario del servizio la fonte regolatrice del rapporto che intercorre tra tali soggetti non sia di natura concessoria o comunque amministrativa, ma di diritto positivo negoziale, per cui la controversia che su tale rapporto insorge attiene ai diritti soggettivi e non rientra nella giurisdizione amministrativa esclusiva, bensì in quella del giudice ordinario. Le attese peculiarità del rapporto di telefonia determinando l'assoggettamento dello stesso sia alla disciplina di diritto comune, in relazione alla riconosciuta natura negoziale adesiva del rapporto di telefonia, sia ai provvedimenti dell'Autorità Garante nelle Telecomunicazioni, hanno fatto porre l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, sulla tematica dei diritti degli utenti - consumatori, nonché degli speculari obblighi dei gestori di telefonia, soprattutto alla luce della normativa consumeristica. Per un ampia rassegna sul tale problematica si veda, *ex plurimis,* R. DI LEGAMI,*"Clausole vessatorie nei contratti di telefonia, diritti ed obblighi delle parti"*, in *Ventiquattrore Avvocato - i Contratti*, n. 3, 2006, p. 24 ss.; L. FAVINO, "*La tutela di origine comunitaria dei diritti degli utenti e dei consumatori, impone nei rapporti contrattuali principi di lealtà e trasparenza",* in *Arch. civ.,* 2000, I, p. 1383; M. R. MORELLI*, "In tema di tutela degli utenti (e dei relativi comitati di difesa?)" avverso procedimenti determinativi di tariffe del servizio telefonico",* in *Giust. civ.* 1984, I, 207. Sarà oggetto di specifica trattazione all'interno del Cap. I par. IV, la tematica relativa alla natura giuridica dei provvedimenti dell'AgCom, in particolare se e come ineriscono sul rapporto negoziale di telefonia e se tali provvedimenti posso essere sottoposti al controllo di vessatorietà *ex* art. 33 - 35 cod. cons.

[38] Quali, ad esempio, la selezione automatica dell'operatore telefonico, i servizi di segreteria telefonica, di linee di navigazione veloce in *Internet* o tariffe telefoniche speciali.

[39] La pratica commerciale relativa all'attivazione di servizi telefonici non richiesti coinvolge 1,5 milioni di utenze, generando, per le compagnie telefoniche, un volume di affari stimato in 225 milioni di euro l'anno, con profitti, al netto, pari a circa 150 milioni di euro. L'Autorità per le Garanzie nelle Telecomunicazioni ha registrato circa 6.000 denunce da parte degli utenti per disservizi ed inefficienze degli operatori ed oltre il 50% dei quali riguarda denunce relative all'attivazione di servizi telefonici non richiesti. Da parte dell'AgCom sono stati adottate, ad oggi, ordinanze – ingiunzioni nei confronti delle Compagnie telefoniche per un totale di 150 casi di violazioni effettivamente accertate rispetto a tale pratica commerciale, cfr. COMUNICATO STAMPA AGCOM, "*Le ispezioni della Autorità"*, in *www.agcom.it*., 05.04.2008.

Nella prassi commerciale, accade di sovente che l'operatore telefonico di riferimento, al quale l'utente ha conferito i dati personali e prestato il consenso al loro trattamento, travalicando i limiti del trattamento stesso, attivi servizi ulteriori rispetto a quelli pattuiti con lo stesso utente. Si riscontrano ancora, casi in cui il consumatore contattato, personalmente o telefonicamente, dagli operatori telefonici, siano essi esercenti di punti vendita che operatori dei *call-center*, presti il mero consenso all'invio del materiale informativo o pubblicitario – riguardo, ad esempio, tariffe telefoniche più vantaggiose o servizi telefonici aggiuntivi - al quale poi segua, benché non richiesta, l'attivazione di taluni servizi telefonici. Si registrano, inoltre, casi in cui i rivenditori, raccolti i dati personali dell'utente interessato alla sottoscrizione di un contratto di telefonia mobile, attivino più schede telefoniche in capo al medesimo, ignaro, utente.

L'impiego di tali pratiche commerciali - sleali - è diventato dilagante intorno al 2000, pochi anni dopo l'avvenuta liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni.[40]

L'apertura del mercato alla libera concorrenza anche nel settore delle telecomunicazioni, ha reso possibile, per il consumatore, la scelta fra diversi fornitori di servizi di telefonia - sia fissa che mobile - con non pochi altri benefici

---

[40] Sin dalla fine degli anni '80, la liberalizzazione delle telecomunicazioni è apparsa una priorità della Comunità europea nella prospettiva del completamento della realizzazione del mercato interno. Tale liberalizzazione ha avuto inizio nel 1988 con l'apertura alla concorrenza dei mercati dei terminali di telecomunicazioni e poi, nel 1990, con la liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione – ad eccezione della telefonia vocale. Si ricordano, in particolare, la direttiva n. 97/93/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997, sull*'interconnessione del settore delle telecomunicazioni*, che definisce compiutamente il servizio universale e pone la disciplina generale del meccanismo di ripartizione, finalizzata a garantire il servizio universale e l'interoperabilità attraverso l'applicazione di una fornitura di una rete aperta (*Onp*) e la successiva direttiva 1998/10/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 1998, sull'*applicazione del regime di fornitura di una rete aperta (Onp) alla telefonia vocale e sul servizio universale delle telecomunicazioni in un ambiente concorrenziale.* Nel 1993, il Consiglio dei ministri fissava al 1° gennaio 1998 la scadenza per la liberalizzazione totale dei servizi di telefonia vocale. Il 19 settembre 1997 è stato emanato il d.p.r. n. 318, "*Regolamento per l'attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni"*, che ha posto la disciplina generale della materia in Italia. Per un'approfondita disamina sulla disciplina del servizio universale adottata in Italia si rinvia *infra* nota 7.

in termini di minori tariffe, di maggiore qualità e di differenziazione nei servizi offerti.

Tale liberalizzazione ha imposto una maggiore attenzione all'effettiva tutela da apprestare agli utenti in materia di condizioni generali di contratto e in relazione alla vessatorietà delle relative clausole predisposte dai gestori, nonché sull'utilizzo di talune tecniche commerciale - spesso scorrette- poste in essere da parte dei gestori di telefonia, proprio per accaparrarsi maggiori bacini di utenza.

La presenza, inoltre, di un'impresa integrata verticalmente e dominante, come nel caso di una *ex* monopolista, nella specie Telecom Italia s.p.a,[41] ha fatto nascere problematiche in relazione ai possibili comportamenti di deterrenza per l'entrata sul mercato, dei nuovi operatori: tra i quali gli *switching costs* ovvero i costi che i consumatori devono affrontare per cambiare operatore telefonico, come pure la sostanziale inerzia del consumatore all'idea di cambiare Compagnia ed inoltre una serie di pratiche discriminatorie o predatorie poste in essere da parte della stessa impresa incombente[42] per impedire un effettivo sviluppo della concorrenza in tale settore. [43]

---

[41] Le autorità di politica economica nazionali avevano individuato nei rispettivi mercati per le telecomunicazioni le condizioni tipiche di un monopolio naturale. La gestione del servizio è stata perciò affidata ad imprese soggette a controllo pubblico, fortemente regolamentate sia dal lato delle tariffe che da quello degli investimenti, sul punto cfr. P. RONCI, "*Note su privatizzazione e liberalizzazione delle public utilities"*, in *Economia Pubblica*, n. 2, 2003, p. 65; in questo senso v. anche C. GAMBINI, "*Un'analisi del problema di regolamentazione del prezzo di accesso con asimmetria informativa",* in *Rivista Internazionale di Scienze Sociali"*, I, 1998, p. 106; D. COSSUTTA,"*Concorrenza, monopolio, regolamentazione"*, Bologna, 1987, p. 234; nella letteratura straniera, in particolare, si segnalano B. CAILLAUD, "*Regulation, competition and asymmetric information"*, in *Journal of Economic Theory,* vol. 52, I, 1990, p. 432; D. E. M. SAPPINGTON, *"Price regulation and Incentives*", Amsterdam, 2002, p. 543.

[42] L'impiego di tecniche commerciali scorrette - tra cui l'attivazione di servizi telefonici non richiesti - sono state poste in essere dalla stessa Telecom Italia S.p.a., *ex* S.I.P., al fine di mantenere e conservare il proprio primato economico. Si registra, infatti, proprio con l'ingresso della liberalizzazione, l'adozione, da parte dell'operatore *ex* monopolista, la tecnica scorretta di addebiti, in bolletta dei suoi abbonati, per attivazione di servizi telefonici (quali ad esempio il servizio *Teleconomy, memotel*, Aladino, Chi è), mai richiesti dagli stessi utenti.

[43] L'avvio dei processi di liberalizzazione nelle telecomunicazioni, in gran parte dei paesi occidentali, ha modificato anche il ruolo del regolatore che si è trovato a gestire una situazione molto più complessa di quanto avveniva in precedenza. L'obiettivo del regolatore, tradizionalmente, era quello di proteggere il consumatore dallo strapotere dell'operatore monopolista. Con la liberalizzazione di tale mercato, si aggiunge un altro obiettivo a carico del regolatore, ossia quello di favorire la transizione verso condizioni concorrenziali laddove ciò sia

possibile, v. N. CURIEN - M. GENSOLLEN, "*Telecomunicazioni, monopolio e concorrenza",* Bologna, 1997, p. 134 ss. A tal fine storicamente le autorità politiche nazionali hanno imposto agli operatori monopolisti l'obbligo di fornire il servizio universale (*Universal Service Obligation - USO*), per assicurare l'accesso e l'erogazione di un livello minimo di servizi a tutti gli utenti che ne facessero richiesta, praticando un prezzo politico a prescindere dalla loro ubicazione geografica. La nozione di "universalità", infatti, attiene al diritto degli utenti finali di poter fruire di un insieme minimo di servizi di comunicazione elettroniche di qualità *standard*, indipendentemente dalla ubicazione geografica dell'utente, ad un prezzo equo, quindi non discriminante dal punto di vista della condizione socio - economica del consumatore stesso. Le ragioni che stanno dietro a tale obbligo sono prima di tutto date dal fatto che le c.d. telecomunicazioni sono considerate quali servizi di pubblica utilità. Cfr., *ex multis*, A. Micali, "*L'arrivo delle liberalizzazioni ha fatto cadere l'esclusiva"*, in *Guida al diritto*, n. 25, 2007, p. 38 ss.; L. SOLIMENE, "*Servizio universale, liberalizzazione dei mercati e regolamentazione dei servizi di pubblica utilità"*, in *Economia Pubblica*, 2, 2002; G. NAPOLITANO, *"Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti"*, in *Mercato, concorrenze e regole,* 2000, p. 429. Il servizio universale si inserisce, infatti, nella tematica del servizio pubblico e tipicamente si pone in connessione con le problematiche dei servizi a rete oggetto di progressiva liberalizzazione. Questo istituto appare un correttivo delle dinamiche di mercato poichè mira ad assicurare la disponibilità di un minimo dei servizi *standard* a favore degli utenti presenti in un determinato territorio anche laddove logiche prettamente economiche potrebbero suggerire di non operare. Nella prospettiva comunitaria, infatti, il servizio universale costituisce uno degli strumenti utilizzati per perseguire l'obiettivo della coesione sociale all'interno di un contesto fortemente competitivo. Il servizio universale non è, infatti, considerato un momento necessario nella regolamentazione del settore delle telecomunicazioni ed infatti le direttive comunitarie hanno attribuito agli Stati membri la facoltà e non l'obbligo di introdurre tale strumento nel rispettivo ordinamento interno. Per un'approfondita analisi sul ruolo della normativa comunitaria in materia di liberalizzazione nel mercato delle telecomunicazioni, si rinvia, *ex plurimis,* F. BASSAN, *"Concorrenza e regolamentazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*", Torino, 2002, p. 670; L. RADICATI DI BROZOLO, "*Convergenze e asimmetrie nel nuovo pacchetto delle direttive comunitarie",* relazione presentata al Convegno *"Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*", Firenze, 2002; G. ROMANO, *"Sul servizio universale nel settore delle telecomunicazioni"*, nota a T.A.R. Lazio, Sez. II, 14 gennaio 2002, n. 250, in *Foro Amm.*, 2002, p. 943 ss.; S. FROVA, *"Telecomunicazioni e servizio universale"*, Milano, 1999, p. 390; A. TIZZANO, "*L'azione comunitaria nelle telecomunicazioni: interventi recenti e prospettive future",* in *Dir. informatica,* 1998, I, p. 917.; P. CASSINIS - O. STEHMANN, *La liberalizzazione dei servizi di telecomunicazioni a livello comunitario, con particolare riferimento ai servizi di telefonia vocale,* in *Rass. giur.,* 1994, I, p. 25. L'Italia ha esercitato la facoltà riconosciuta dalla normativa comunitaria (direttiva n. 97/93/Ce e direttiva 1998/10/Ce, sopra richiamate), di valersi dell'istituto del servizio universale. In particolare l'art. 3, comma 1, del d.p.r. n 318 del 19 settembre 1997, prevede che le prestazioni che compongono il servizio universale riguardino il servizio di telefonia vocale, l'accesso gratuito ai servizi di emergenza e l'elenco abbonati. Sul tale punto un consolidato orientamento giurisprudenziale ha affermato che già l'entrata in vigore della legge 10 ottobre 1990, n. 287, attuando il processo di liberalizzazione, ha fatto venire meno i diritti di esclusiva concessi alle imprese pubbliche relativamente alla pubblicazione, vendita e distribuzione degli elenchi degli abbonati e il rifiuto di un impresa pubblica di fornire i dati relativi agli elenco degli abbonati costituisce abuso di posizione dominante sul mercato delle informazioni relative al servizio telefonico nazionale, in particolare, si cfr. sul punto F. GIULIANO*, "Il servizio universale, l'elenco abbonati e gli obblighi di cooperazione tra i concorrenti"*, Nota a Corte Giustizia, 25 novembre 2004 - causa C 109/03, in *Giorn. Dir. amm.,* 2005, fasc. 8, p. 832; A. MICALI, *"Telecom: il rifiuto di fornire l'elenco abbonati costituisce abuso di posizione dominate"*, nota a Cass. Civ, sez. I, 12 febbraio 2007, n. 11312, in *Guida al diritto*, n. 25, 2007, p. 33 ss.

A seguito del processo di liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni - in un'ottica di ridimensionamento della posizione dominante dell'impresa *ex* monopolista - sono state, poste in essere differenti tecniche volte a consentire all'utente di fruire dei servizi di telefonia offerti dai neo operatori concorrenti.

La società telefonica *ex* monopolista dunque era tenuta, nello specifico, a mettere a disposizione delle altre Compagnie concorrenti la propria rete tramite l'instaurazione di rapporti giuridici aventi ad oggetto l'interconnessione[44] delle reti e le necessarie prestazioni accessorie.[45]

---

[44] La Società Telecom era tenuta ad espletare specifiche attività tecniche sulle proprie linee, in attuazione di un sistema informatico di collegamento fra i vari operatori telefonici il *c.d.* sistema di interconnessione, denominato "Pitagora". L'interconnessione è una particolare modalità di accesso tra operatori della rete pubblica di comunicazione. L'interconnessione, in senso tecnico, consiste nel collegamento fisico e logico delle reti pubbliche di comunicazione utilizzate dal medesimo operatore o da un altro per consentire agli utenti di un operatore di comunicare con gli utenti del medesimo o di un altro operatore, o di accedere ai servizi offerti da un altro operatore.
Telecom Italia, quindi, non essendo più l'unico operatore di telecomunicazioni viene affiancato da altri operatori attraverso licenze di fornire servizi. La prima licenza ad un gestore diverso da Telecom Italia, che rimane inizialmente una concessionaria, viene rilasciata nel mese di febbraio del 1998 alla Società Infostrada. A quest'ultima sono seguite numerose altre licenze che hanno fatto aumentare, in pochi anni, il numero di gestori che sono oggi circa 200, cfr. MICALI A., "*L'arrivo delle liberalizzazioni ha fatto cadere l'esclusiva"*, in *Guida al diritto*, n. 25, 2006, p. 38 ss.

[45] In estrema sintesi si distinguono tre diversi sistemi con cui gli utenti possono instradare il traffico telefonico su un determinato operatore diverso dall'*ex* monopolista, o avvalersi in via esclusiva di un operatore alternativo. Il primo tra i sistemi introdotti quello c.d. "*Carrieir Slection"* è disciplinato dall'art. d.p.r. 19 settembre 1997 n. 318 e attualmente dal d.lgs. 1 agosto 2003 n. 259. Tale sistema consente all'utente di selezionare l'operatore alternativo - alla Telecom S.p.a. - al momento della chiamata, anteponendo al numero chiamato un prefisso che si identifica con il codice di selezione del vettore prescelto. Con tale sistema l'utente può, pertanto, scegliere ad ogni chiamata se utilizzare la linea e il servizio Telecom oppure utilizzare l'operatore alternativo prescelto con cui ha previamente stipulato un apposito contratto di somministrazione cui è tenuto a titolo di corrispettivo al pagamento delle fatture relative al traffico telefonico effettuato in concreto. Rispetto a tale sistema, l'operatore alternativo non ha bisogno di effettuare un accordo con l'ex monopolista, in quanto si avvale di una preventiva configurazione tecnica delle sue linee, avvenuta per concessione di licenza amministrativa.
Il sistema*"Carrier pre selection"* regolato dalla delibera 1/99/Cir e dalla delibera 4/00/Cir emanate dall'AgCom, è il sistema tramite il quale l'utente può selezionare in modo permanente un operatore alternativo - ovvero senza dovere digitare ogni volta il prefisso dell'operatore preselezionato -, così che le chiamate vengono instradate automaticamente e direttamente sulla rete dell'operatore preselezionato. L'utente è tenuto al pagamento delle bollette relative al traffico effettuato al suddetto operatore e al pagamento a favore di Telecom per i costi per il canone di abbonamento per i servizi vari nonchè per eventuali telefonate che decida di effettuare con Telecom, scelta attuabile tramite la digitazione dei un prefisso. Questo sistema a differenza del primo viene attivato da parte di Telecom in esecuzione di un accordo con l'operatore selezionato

Tale sistema, pur avendo l'obiettivo di consentire ai clienti di potere cambiare l'operatore d'accesso nel modo più semplice e con minori disagi possibili,[46] postulava, in ogni caso, la correttezza degli operatori nell'acquisire - con tale sistema - la nuova clientela e nel trasmettere i dati relativi agli utenti che avessero effettivamente manifestato la volontà di aderire alle proposte contrattuali dell'operatore selezionato. [47]

I nuovi gestori di telefonia, invece, per potersi fare strada nel mercato neo liberalizzato e dunque per procacciarsi l'utenza, hanno fatto, di sovente, uso della tecnica consistente nell'abusivo allacciamento della linea dell'utente alla propria rete telefonica ed in alcuni casi accompagnando, contemporaneamente, tale abusivo allacciamento alla disattivazione - parimenti non richiesta dall'utente - del servizio telefonico fornito dalla *ex* monopolista.

Il regime di concorrenza nel settore della telecomunicazioni, dunque, avendo spinto, non solo l'operatore *ex* monopolista, ma, soprattutto, i "neo" operatori di

---

prescelto dal cliente, attraverso il sistema di interfaccia, che registra le richieste sia di attivazione che disattivazione. Tale sistema inoltre presuppone che l'utente sia titolare di un contratto di somministrazione sia con Telecom, che con l'operatore preselezionato (o con più operatori alternativi).
Il sistema *"Unbundling of the Local Loop"*, il c.d. *"servizio di accesso disgregato alla rete"*, disciplinato dalle delibere 2/00/Cir e 13/00/Cir dell'AgCom, consente agli operatori diversi da Telecom, di gestire da soli il *c.d. "ultimo miglio"* ovvero il tratto terminale della rete della *ex* monopolista collegando gli utenti direttamente alla propria rete e ponendosi come fornitori unici del servizio delle Telecomunicazioni, al riguardo si cfr. C. DOYLE, "*Local loop unbundling and regulatory risk",* in *Journal of Network Industries,* I, 2000. A differenza degli altri due sistema sopra illustrati, l'utente che sceglie tale modalità recede dal precedente contratto posto in essere con la società *ex* monopolista, conservando solo il proprio numero telefonico originario. L'utente, dunque, risulta titolare di un solo contratto di somministrazione, quello con il nuovo operatore, e paga canone e bolletta all'operatore prescelto in via esclusiva. Anche in questo caso la società telefonica Telecom, così come per il secondo sistema descritto, deve accordarsi con l'altro operatore, registrato tramite il c.d. sistema di interfaccia.

[46] In conformità alla Direttiva del 24 settembre 1998, n. 61 del Consiglio e del Parlamento Europeo che ha previsto la semplificazione - snellendo disincentivanti pratiche burocratiche - dell'accesso alle prestazioni offerte dagli operatori "*ancora privi di notevole forza di mercato".*

[47] I tre sistemi così come illustrati, necessitano dell'inequivoca manifestazione di volontà dell'utente di volere accedere ai servizi offerti dell'operatore telefonico prescelto (diverso dall'*ex* monopolista, Telecom), con conseguente obbligo a carico del neo operatore, di comunicare tale manifestazione di volontà, all'operatore Telecom; rispettivamente cfr. l' art. 1 d.p.r. 318/97 (attualmente d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259) per il sistema *"Carrier Selection";* la delibera 1/99/CIR AgCom e successivamente delibera 4/00/CIR AgCom per il sistema *"Carrier Pre Selection"* e le delibere 2/00/CIR e 13/00/CIR AgCom per il sistema *"Unbundling of the Local Loop".*

telefonia, all'ingente impiego di tecniche commerciali scorrette - tra cui in particolare l'attivazione di servizi telefonici non richiesti - ha necessitato di una regolamentazione specifica da parte di un organo *ad hoc*[48] predisposto con la finalità di garantire il buon funzionamento ed andamento del mercato in tale settore - impedendo atti e comportamenti distorsivi della concorrenza – con il rafforzamento della tutela dei diritti dei consumatori - utenti.

Al fine di realizzare la liberalizzazione del mercato, in settori di pubblica utilità come quello delle telecomunicazioni, regolamentazione e concorrenza sono aspetti strettamente complementari.[49]

L'apertura alla concorrenza all'interno del mercato delle telecomunicazioni presenta, infatti, alcuni caratteristiche peculiari che rendono tale settore

---

[48] Cfr. legge 31 luglio 1997, n. 249 "*Istituzione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo",* che va a sostituire l'Autorità Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria, istituita con la legge 6 agosto del 1990, n. 223 (prima ancora, nel 1981 fu istituita l'Autorità Garante per l'Editoria). In particolare, rilevano gli art. 7 e 8 della legge citata, i quali conferiscono all'Autorità, nello specifico all'organo della Commissione per le infrastrutture e le reti, lo specifico compito di definire *"criteri obiettivi e trasparenti, anche con riferimento alle tariffe massime, per l'interconnessione e per l'accesso alle infrastrutture di telecomunicazione secondo criteri di non discriminazione"* e di regolare "*le relazioni tra gestori e utilizzatori i diritti di interconnessione e di accesso alle infrastrutture delle infrastrutture di telecomunicazioni"* e di verificare che *"tali gestori garantiscano i diritti di interconnessione e di accesso alle infrastrutture sempre secondo criteri di non discriminazione".* I poteri e le competenze dell'Autorità sono state ampiamente articolate con l'entrata in vigore del nuovo codice delle comunicazioni elettroniche, d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, *ex.* art. 42. Tale ultimo decreto legislativo ha dato attuazione in Italia alla direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 07 marzo 2002, n. 2002/22/Ce, relativa al servizio universale ed ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale) che si inserisce in un pacchetto di direttive recanti medesima data. La direttiva n. 2002/21/Ce, che ha istituito un quadro comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro); la direttiva n. 2002/19/Ce relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica ed alle risorse correlate ed alle interconnessioni alle medesime (direttiva accesso); e la direttiva n. 2002/20/Ce, relativa alle autorizzazioni per le reti di servizi e di comunicazione elettronica, c.d. direttiva autorizzazioni, emanate unitamente alla Decisione del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 676/2002/Ce relativa ad un quadro normativo per la politica in materia di telecomunicazioni per la Comunità Europea, c.d. decisione spettro quadro. Questa riforma del quadro normativo comunitario è rispondente da un lato, all'esigenza del consolidamento del mercato delle telecomunicazioni e dall'altro, all'esigenza di predisporre un quadro giuridico unitario, per tutti gli stati membri, alla luce di un processo di convergenza dei mezzi di telecomunicazione.

[49] Sul punto v. quanto efficacemente sostenuto dal E. GAFFEO, "*L' Economia del settore delle telecomunicazioni"*, in *Economia Industriale*, 2000, p. 55 ss., tale Autore in maniera efficace sostiene che "*per la creazione di una concorrenza stabile e strutturata non è sufficiente liberalizzare, ma occorre una regolazione".*

profondamente diverso dai classici mercati dove una maggiore competizione è inevitabilmente sinonimo di maggiore efficienza.

Nel settore in esame, la garanzia di una corretta competizione del mercato e la tutela del consumatore è, dunque, necessariamente affidata ad un organo *ad hoc* che realizza detti obiettivi attraverso l'attività di regolamentazione e vigilanza.

Tale attività è espletata attraverso l'applicazione della normativa antitrust nelle telecomunicazioni, la vigilanza sulla qualità e sulle modalità di distribuzione dei servizi e dei prodotti nonchè la definizione delle controversie fra operatori ed utenti affidate allo stesso organo di controllo.

In questo quadro, va inserita la problematica relativa alla disciplina della tutela degli utenti/consumatori in relazione alla pratica commerciale dell'attivazione di servizi telefonici non richiesti.

L'analisi della problematica in esame, in particolare, sarà condotta con lo scopo di evidenziare che dallo studio della disciplina di settore è emerso che, nel difficile compito affidato all'Autorità - quello di contemperare esigenze di tutela e di mercato - la figura del consumatore ha assunto un ruolo sempre più centrale.

La produzione normativa di settore (di matrice per lo più comunitaria), nel tempo, è ispirata, infatti, sempre più a principi consumeristici e civilistici di tutela e meno rispondenti a logiche economiche e di mercato.

2. La gratuità della fornitura non richiesta non giustifica la diversificazione del sistema di tutela: *opt in* per l'attivazione di servizi telefonici onerosi, *opt out* per l'attivazione di servizi telefonici gratuiti.

La pratica commerciale relativa all'attivazione di servizi telefonici non richiesti, nata con finalità pubblicitaria e/o promozionale[50] e dunque, gratuita, non ha necessitato, da subito, di una regolamentazione *ad hoc*.

Tale fattispecie astrattamente configurata non si concretizzava, in principio, né come attività distorsiva della concorrenza né come attività lesiva degli interessi o dei diritti dei consumatori – destinatari.

Per le Compagnie telefoniche, infatti, l'attivazione di un servizio non richiesto, ha assunto, in un primo momento, la funzione di "premio di fidelizzazione" per i propri abbonati (dunque per gli utenti già legati alla Compagnia da un rapporto contrattuale) che, nella pratica, non arrecando danni, svantaggi od oneri al consumatore,[51] ma anzi benefici, non ha necessitato, fin da subito, di una normativa *ad hoc* che ne disciplinasse il consenso (e la forma del consenso) da parte dell' utente destinatario del servizio.

Sotto il profilo strettamente civilistico, l'attivazione di servizi - non richiesti - rispetto alla fattispecie sopra descritta, può essere qualificata come prestazione aggiuntiva gratuita che si ricollega alla realizzazione dell'intero programma materiale o giuridico cui il debitore/Compagnia telefonica è tenuto a realizzare e il creditore/utente ha diritto a ricevere,[52] per cui la mancanza del consenso

---

[50] Tale pratica trovava rispondenza normativa nell'art. 18, comma 2 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114, che in materia di vendita per corrispondenza, televisione o altri sistemi di comunicazione, pur vietando l'invio di prodotti al consumatore, se non a seguito di una sua specifica richiesta, consentiva espressamente l'invio di campioni o di omaggi, purché *«senza spese o vincoli per il consumatore»*.

[51] Nell'ipotesi in cui l'attivazione non determinava alcun tipo di onere, materiale o economico, in capo al consumatore.

[52] In adesione alla tesi secondo la quale l'art. 1316 c.c., dichiarando indivisibile l'obbligazione quando la prestazione abbia per oggetto una cosa o un atto che non è suscettibile di divisione per sua natura o per il modo in cui è stato considerato dalle parti contraenti, ha inteso sottoporre ad una disciplina unitaria sia l'obbligazione oggettivamente indivisibile, tale, cioè, in ragione dell'utilità

dell'utente in tale fattispecie sarebbe giustificata dal fatto che l'attivazione del servizio trova la sua fonte nello stesso contratto telefonico preesistente tra Compagnia telefonica ed utente.

Il problema di arginare tali prassi commerciali si è posto quando, a seguito della liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni, il suddetto fenomeno si è in breve trasformato in una pratica scorretta distorsiva della concorrenza e dannosa per i consumatori.

L'Autorità Garante delle Telecomunicazioni, a seguito di diversi confronti con le più accreditate associazioni dei consumatori, ha emanato, ai sensi dell'art. 1 comma 6 lettera b, n. 2 legge 31 luglio 1997, n. 249, la Delibera n. 179/03/CPS AgCom *"Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni",* la c.d. "carta dei servi di telecomunicazioni".[53]

Quest'ultima definisce gli elementi per un livello *standard*[54] di qualità del servizio telefonico cui l'operatore si impegna a fornire attraverso una serie di

---

oggettiva e della funzione economico-sociale propria della cosa o del fatto che il debitore è tenuto a prestare al creditore, sia l'obbligazione soggettivamente indivisibile, caratterizzata dall'impossibilità di frazionamento in più parti della cosa o del fatto, in dipendenza di una particolare pattuizione, esplicita o implicita, che abbia attribuito un vincolo di indissolubilità alla utilità connessa al bene oggetto della obbligazione. In entrambe le ipotesi non è concepibile la risoluzione parziale del contratto, per l'impossibilità che residui l'obbligo del debitore ad una prestazione avente ad oggetto una parte del bene originario, sebbene ad essa inerisca un'utilità cui il creditore non ha più interesse a perseguire, cfr. Cass. civ., sez. III, 25 maggio, 1983, Gir. It., 1984, p. 1121.

[53] I servizi pubblici, di regola essendo svolti in regime monopolistico od oligopolistico, dunque gli utenti non possono fruire dei vantaggi che la libertà di scelta offre nei confronti del produttore in regime di concorrenza, che inducono a migliorare la qualità e l'efficienza delle prestazioni offerte. D'altra parte spesso i servizi pubblici vengono forniti dalla pubblica amministrazione ed i normali strumenti di tutela nei confronti di quest'ultima sono concepiti e valgano nelle funzioni autoritative delle amministrazioni ma difficilmente possono trovare applicazione rispetto all'erogazione di servizi. Da qui la necessità di elaborare i nuovi strumenti per la tutela dell'utente in relazione alla qualità dei servizi di pubblica amministrazione. L'esigenza di rendere i servizi pubblici meglio rispondenti ai desideri degli utenti e di migliorarne la qualità ha indotto per primo il governo inglese a presentare in Parlamento un documento definito *The Citizen Charter* di valore orientativo e programmatico ma che impegna il Governo a promuovere l'attuazione. Analoghe iniziative sono state assunte in Francia in Spagna e negli Stati Uniti, mentre al Parlamento Europeo è stata presentata una proposta di Carta europea di servizi pubblici, sul punto, più approfonditamente cfr. F. PUGLIESI, *Le carte dei servizi. L'autorità di regolazione dei servizi pubblici essenziali. I controlli interni*, in *Riv. trim. app.,* 1995, p. 239 ss.

[54] Il c.d. *standard* costituisce il criterio di valutazione della prestazione fornita sulla base di valori concreti ed oggettivi, La Carta dei servizi disegna un quadro generale delle regole cui deve uniformarsi, progressivamente, l'erogazione dei servizi pubblici, senza distinzione sulla natura

attività e comportamenti obiettivamente valutabili dagli utenti, e che riassume l'insieme delle caratteristiche del servizio di telefonia dal momento della scelta iniziale fino a quello della cessazione con particolare riferimento al requisito della conoscibilità.[55]

Tale direttiva, ha affrontato, e dunque disciplinato per la prima volta il fenomeno relativo alla pratica commerciale dell'attivazione dei servizi telefonici non richiesti. L'art. 5 titolato *"Offerta dei servizi"* al punto 4 statuisce che *"In caso di contratti a distanza, la fornitura di offerte e servizi avviene nel rispetto delle disposizioni del decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185. In caso di attivazione di offerte gratuite, gli organismi di telecomunicazioni indicano se tali offerte modificano le prestazioni del servizio sottoscritto o limitano il diritto di scelta dell'utente, lasciando all'utente la facoltà di chiedere la disattivazione dell'offerta stessa. La previa ordinazione è comunque obbligatoria quando l'offerta è o diventa a titolo oneroso".*[56] Dalla lettura della disposizione in esame,

---

giuridica dell'erogatore. Tale documento stabilisce, implicitamente, un principio di particolare importanza quello secondo cui il servizio di pubblica utilità prestato anche da un soggetto privato non può comunque comportare il venire meno di una serie di obblighi del soggetto erogatore verso il cittadino utente. La Carta dei Servizi si inspira a tre principi fondamentali al fine di realizzare il miglioramento della qualità del servizio: l'inderogabilità degli *standard* fissati e comunicati al pubblico; la semplicità delle procedure adottate dai soggetti erogatori al fine di rendere meno gravoso e più efficace l'intervento dell'utente nella prestazione – fruizione del servizio, la conoscibilità per l'utente dei termini della relazione con i soggetti erogatori del servizio di pubblica utilità, v. C. LACAVA, *L'attuazione della carta dei servizi pubblici*, in *Giorn. Dir. amm.,* 9, 1996, p. 873 ss.

[55] La Carta dei servizi si articola in tre parti: la prima parte enuncia i principi fondamentali a quali deve uniformarsi l'erogazione dei servizi pubblici, la seconda parte individua gli strumenti per l'attuazione dei principi fondamentali; la terza parte prevede meccanismi di tutela e di garanzia per la corretta applicazione delle regole contenute nella carta.
Particolare rilievo sistematico rivestono i principi fondamentali della parte prima della Carta, in particolare il diritto di eguaglianza dei diritti degli utenti, l'imparzialità dei soggetti erogatori continuità dell'erogazione del servizio, diritto di scelta tra i soggetti erogatori, partecipazione alla prestazione del servizio e il principio di efficienza e di efficacia del servizio pubblico. Questi criteri e valori sono direttamente operanti in materia di servizi pubblici e che indipendentemente dalla concreta adozione delle carte dei servizi da parte dei singoli soggetti erogatori vincolano questi ultimi e possono ricevere diretta applicazione degli organi giurisdizionali. Si tratta, d'altra parte di principi già presenti nell'ordinamento giuridico, alcuni addirittura di rango costituzionali, quali ad esempio il principio di uguaglianza *ex* art. 3 Cost. e di imparzialità *ex* art. 97 Cost.

[56] Sono rispettivamente, disciplinati i doveri in capo ai gestori telefonici che abbiano attivato servizi telefonici non richiesti, art 7 punto 5 "*Fatti salvi i casi di inadempimento da parte degli utenti, gli organismi di telecomunicazioni non pretendono da questi alcuna prestazione corrispettiva in caso di attivazioni o disattivazioni di linee o contratti o di forniture di beni o*

è chiaro che la fattispecie dell'attivazione dei servizi non richiesti è disciplinata in maniera differenziata a seconda che l'attivazione sia gratuita od onerosa: è previsto il sistema del c.d. *opt in* per l'attivazione di servizi telefonici onerosi e quello dell'*opt out* per l'attivazione di servizi telefonici gratuiti.

Il rimedio del c.d. regime dell'*opt out* risulta svantaggioso per il consumatore, in quanto su di lui grava l'onere di attivarsi per esplicizzare il suo consenso.

Diversamente dal sistema c.d. *opt in*, nella fattispecie del c.d. *opt out* il destinatario non viene preventivamente consultato dal professionista perchè esprima il proprio consenso all'invio del servizio, ma si vede riconosciuto solo il diritto di opporsi alle attivazioni non desiderate.[57]

Nella fattispecie prevista dall'art. l'articolo 5 titolato *"Offerta dei servizi"* - punto 4 - la facoltà lasciata all'utente di chiedere la disattivazione dell'offerta stessa, qualora essa sia gratuita, non è subordinata ad un limite di tempo entro cui il consumatore può manifestare il suo dissenso. Tale disposizione lascia ampiamente sprovvisto di tutela il consumatore/utente, sul fatto che il suo silenzio possa concretizzarsi in accettazione o meno e magari l'eventuale dissenso manifestato risulterebbe tardivo, rispetto ad un contratto di telefonia ormai concluso, si pensi, ad esempio, alle dismissione di schede telefoniche nella telefonia mobile, rispetto al quale sarebbe ardito rivendicare situazioni giuridiche pregresse.

---

servizi da essi non richiesti e provvedono, a loro cura e spese, al ripristino delle condizioni tecniche e contrattuali pre-esistenti o al ritiro di detti beni. Tutti i costi, tra i quali quelli derivanti dal ripristino della precedente configurazione, sono a carico dell'operatore che ha disposto l'attivazione o la disattivazione della prestazione non richiesta dall'utente".

[57] L'adozione di un sistema diversificato basato sul c.d. sistema *opt in* ed *opt aut* è rinvenibile già nel codice del consumo ex art. 58, titolato *"Limiti all'impiego di talune tecniche di comunicazioni a distanza"* prevede l'applicazione del sistema *opt in* e dunque il consenso preventivo del consumatore, per l'impiego da parte del professionista del telefono della posta elettronica, i sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore mentre l'applicazione del sistema dell'*opt aut* per l'impiego di altre tecniche di comunicazioni a distanza qualora consentano una comunicazione individuale. La diversificazione del sistema di tutela del consumatore, è giustificata, in tali fattispecie dal diverso grado di intensità con cui tali tecniche di comunicazioni potenzialmente sono idonee a violare il diritto alla *privacy*, v. sul punto S. SIMONE, "*Art. 58, Limiti all'impiego di talune tecniche di comunicazioni a distanza",* in *"Codice del consumo. Commentario"*, a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO, Napoli, 2005, p. 432- 434.

L'adozione del sistema dell'*opt out,* da parte della delibera in esame, garantisce al consumatore la possibilità di chiedere la disattivazione dei servizi non richiesti subordinatamente a requisiti oggettivi individuati dagli organismi delle telecomunicazioni: *se tali offerte modificano le prestazioni del servizio sottoscritto o limitano il diritto di scelta dell'utente.* Tale criteri hanno per oggetto solo problematiche economiche sottese alle esercizio di tale pratica commerciale e non invece l'eventuale danno, non solo economico, che deriverebbe all'utente a causa di un attivazione telefonica non richiesta.

3. L'intangibilità delle sfere giuridiche individuali e la tutela dell'utente dalle aggressioni alla "propria sfera privata": adozione del sistema *opt in* anche per l'attivazione di servizi telefonici non richiesti a titolo gratuito.

Il problema dei servizi telefonici non richiesti può ricevere una adeguata soluzione non solo alla stregua della legislazione speciale ma anche utilizzando in termini rigorosi la disciplina di diritto comune.

E'incontrovertibile che nel nostro ordinamento vige il principio dell'interdipendenza delle sfere giuridiche individuali alla stregua del quale nella sfera giuridica altrui non è consentito proiettare effetti senza il consenso del destinatario. Secondo codesto principio è necessaria, infatti, una perfetta coincidenza tra l'autore del negozio e chi vede la propria sfera giuridica coinvolta dal regolamento di interessi attuato con il negozio stesso.

Il coinvolgimento delle sfere giuridiche altrui può avvenire, in definitiva, soltanto attraverso lo strumento contrattuale[58] che garantisce, ad ogni parte coinvolta, il potere di manifestare una precisa volontà in tal senso.[59]

Tale impostazione sarebbe suffragata sul piano normativo, dalla mancata vincolatività della promessa unilaterale di una prestazione al di fuori dei casi previsti dalla legge, *ex* art. 1987 c.c., con l'ovvia conseguenza che lo strumento del negozio unilaterale non è, in nessun caso, in grado di sostituire la struttura contrattuale.[60]

---

[58] Si sostiene autorevolmente che il negozio giuridico, come atto di autonomia privata, ha *"forza di legge"* solo per il o i suoi autori e non può che produrre effetti solo per i medesimi e non rispetto ai terzi, art. 1372 c.c. In dottrina, tra coloro che riconoscono tale principio elevandolo addirittura a categoria del dogma giuridico si segnala P. RESCIGNO, "*Il principio di eguaglianza nel diritto privato",* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1515; F. MESSINEO, "*Contratto nei rapporti col terzo",* in *Enc. dir*., Milano, 1962, p. 196.

[59] Ripropone con vigore la tesi dell'attualità e della validità del principio in esame anche E. DAMIANI, "*Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente"*, Milano, 2000.

[60] A favore della tesi della tipicità del negozio unilaterale, si richiamano F. CARRESI, "*Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici",* in *Riv. dir. civ.*, p. 275; G. STOLFI, "*Teoria del*

Si specifica, ancora, che *"il negozio, unilaterale o bilaterale o plurilaterale, non può in nessun caso intaccare la sfera giuridica di un soggetto che sia rimasto estraneo al negozio ma non può neppure ampliarla senz'altro, aumentando i diritti del soggetto o diminuendone i doveri".*[61]

Il legislatore, infatti, sulla scorta dell'esperienza giuridica del diritto romano e di quello tedesco ha disciplinato la donazione come contratto: *"nolenti non fit donatio, invito beneficium non datur".*

A questa *ratio* si ispira certamente l'art. 1333 c.c. che prevede una particolare modalità di formazione del contratto dal quale derivano obbligazioni a carico del solo proponente[62], in uguale modo l'istituto della remissione del debito art. 1326

---

negozio giuridico", Padova, 1947, p. 40; G. GIAMPICCOLO, "*Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà"*, Milano, 1954, p. 115; G. MIRABELLI, "*Dei contratti in generale",* in *Cod. civ. Commentario a cura di* SCHLESINGER, Torino, 1980, p. 30.

[61] Così efficacemente sostenuto da F. SANTORO PASSARELLI, "*Dottrine generali del diritto civile"*, Napoli, 1981, p. 236.

[62] Questo indirizzo tradizionale è stato sottoposto, in tempi recenti, a serrate critiche volte a dimostrare l'anacronismo del principio individualistico dell'indipendenza delle sfere giuridiche altrui soprattutto in quelle ipotesi in cui il singolo negozio, posto in essere da altri, generi effetti puramente favorevoli a favore del terzo a prescindere dal fatto che questi abbia o meno concorso a produrli. Ne deriva la necessità di superare la rigida concezione della tipicità del negozio unilaterale inadatto, secondo la dottrina tradizionale, a produrre effetti nella sfera giuridica di soggetti diversi dal suo autore. Questa impostazione, infatti, è superabile in tutte quelle ipotesi in cui da esso derivi un beneficio per il terzo. Tale diversa impostazione sembra trovare le sue giustificazioni da un lato, nella riscoperta e rivalutazione del principio, di indubbia matrice processualistica, dell'economia dei mezzi giuridici e dall'altro, nella diffusa tendenza a superare la tradizionale nozione di contratto, ritenuta troppo angusta ed inidonea ad esprimere la complessità degli interessi coinvolti nelle singole fattispecie del mercato moderno. Cfr. ampliamente sul punto F. GAZZONI, "*Babbo Natale e l'obbligo di dare"*, nota a Cass., 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giust. Civ*., 1991, I, p. 2896 ss.; G. BENEDETTI, "*Dal contratto al negozio unilaterale"*, Milano, 1969; C. DONISI, "*Il problema dei negozi giuridici unilaterali"*, Napoli, 1972; ID., *Atti unilaterali,* in *Enc. Giur. Treccani,* III, Roma, 1988, p. 2 ss; A. CHIANALE, "*Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà"*, Milano, 1990; ID., "*Obbligazioni di dare e atti traslativi solvendi causa"*, in *Riv. dir. civ*., 1989, II, p. 233; R. SACCO, "*Contratto e negozio a formazione bilaterale"*, in Studi in onore di P. GRECO, II, Padova, 1965; G. GORLA, "*Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistica, I, Lineamenti generali"*, Milano, 1955, L. COMOGLIO, "*Il principio dell'economia processuale"*, Padova, 1980. Quando ci si riferisce al ridimensionamento subito dalla categoria contrattuale, costretta a modificarsi in base alle crescenti esigenze della società in continua evoluzione, non si può fare a meno di accennare alla polemica innestata da N. IRTI, nel famoso saggio *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss., secondo il quale, con specifico riferimento alla contrattazione di massa, maggiormente diffusa oggi, si assiste all'impossibilità di ricondurre tale figura allo schema tradizionale di contratto. Lo strumento principale dell'autonomia privata, infatti, esiste perché esiste l'accordo, identificabile nello scambio dialogico tra due soggetti che, nello specifico, pongono in essere una proposta ed

c.c., della fideiussione, del contratto a favore del terzo art. 1411 c.c. e della donazione 769 c.c.

Tali istituti hanno un unico denominatore che trascende il dato strutturale, cioè l'intangibilità delle sfere giuridiche individuali.

Nel contratto a favore del terzo, *ex* art. 1411 c.c., è disposto che in tale ipotesi che legislativa l'effetto programmato tra promettente e stipulante a favore del terzo non si riverbera nella sua sfera giuridica, si produce soltanto in conseguenza della sua adesione.

Nelle ipotesi di attivazione dei servizi telefonici non richiesti l'applicazione del principio dell'intangibilità delle sfere giuridiche individuali consente di giustificare la necessaria manifestazione del consenso dell'utente sia nella fattispecie onerosa che in quella gratuita.

Una rigida applicazione di tale principio consente di considerare, infatti, unitariamente sia l'ipotesi dell'attivazione del servizio oneroso che di quello gratuito, parimenti non richiesta dall'utente.

Sul piano logico prima che giuridico il servizio oneroso può essere senz'altro assimilato alla lesione della sfera giuridica individuale perché nella stessa viene proiettato un effetto negativo. Si scorge che il servizio oneroso produce in *re ipsa* un *vulnus* che è data, *icto oculis,* dall'incidenza patrimoniale costituita dal pagamento del corrispettivo per la funzione del servizio. Se il fenomeno è di

---

un'accettazione. Nella moderna società di massa, invece, sostiene l'A. viene a mancare il dialogo, vero elemento distintivo dell'accordo. Il fulcro dello scambio, nella realtà odierna, si realizza nel primato della cosa. La figura del contratto tende, dunque, a sgretolarsi per lasciare il posto a due atti unilaterali, del tutto slegati tra loro, che collegano ogni soggetto alla cosa e non più, paradossalmente, i soggetti tra loro. L'A., in conclusione, esprime forti dubbi sulla riconduzione di una figura di tal genere allo schema classico del contratto a meno di non voler configurare quest'ultimo in modo talmente ampio da ammetterne l'esistenza anche in assenza di qualsiasi forma di accordo.
A tale asserzione si è replicato che il codice civile non identifica l'accordo necessariamente con il dialogo ben potendo esistere fattispecie contrattuali in cui l'accordo si conclude in virtù di comportamenti concludenti. In tal senso cfr., G. OPPO, "*Disumanizzazione del contratto?"*, in *Riv. dir. civ*., 1998, p. 525 ss.; C.M. BIANCA, "*Diritto civile",*op. cit., p. 43.

grande evidenza nell'ipotesi di servizio oneroso è parimenti considerevole nella fornitura - non richiesta - gratuita. Quest'ultima deve essere senz'altro riportata al principio dell'inderogabilità delle sfere giuridiche individuali per la considerazione che il legislatore con la disciplina della donazione, remissione del debito e contratto a favore del terzo ha inteso impedire anche agli effetti favorevoli di penetrare nella sfera giuridica altrui.

Sembra che l'Autorità Garante nelle Telecomunicazioni abbia, evidentemente, non solo sulla base di queste riflessione, adottato la delibera n. 664/06/CONS **"***Regolamento Recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi telefonici nei contratti a distanza"* che all'art. 1. dispone che *"Ai sensi dell'art. 57 del Codice del consumo, è vietata la fornitura di beni o servizi di comunicazione elettronica, anche solo supplementari rispetto ad un contratto già in esecuzione, in mancanza della loro previa ordinazione da parte dell'utente. È altresì vietata la disattivazione non richiesta di un servizio di comunicazione elettronica. In ogni caso, la mancata risposta dell'utente ad una offerta di fornitura non significa consenso".*[63]

[63] *2. In caso di attivazioni o disattivazioni di linee o contratti o di forniture di beni o servizi non richiesti gli operatori non pretendono dagli utenti alcuna prestazione corrispettiva e provvedono, a loro cura e spese, al ripristino delle condizioni tecniche e contrattuali pre-esistenti o al ritiro di detti beni. Tutti i costi, tra i quali quelli derivanti dal ripristino della precedente configurazione, sono a carico dell'operatore che ha disposto l'attivazione o la disattivazione della prestazione non richiesta dall'utente, che, pertanto, non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva.*
3. La violazione delle disposizioni di cui al comma 1 determina l'applicazione nei confronti dell'operatore della sanzione amministrativa pecuniaria nella misura edittale prevista dall'art. 98, comma 11, del Codice.

4. Efficacia giuridica dei provvedimenti dell'Autorità Garante nelle Comunicazioni e coordinamento con la disciplina generale.

La disciplina fino ad ora analizzata, in relazione alla fattispecie avente ad oggetto l'attivazione di servizi telefonici non richiesti, trova la sua fonte nella produzione normativa dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. Il contratto di telefonia è, infatti, caratterizzato da proprie peculiarità atteso che in esso gli elementi tipici del diritto privato si fondono con ambiti più propriamente pubblicistici.[64]

---

[64] Il contratto di utenza telefonica, posto in essere con adesione ad un contratto con moduli prestampati predisposti da una parte contraente (artt. 1341 c.c. e 1342 c.c.), si configura come contratto di somministrazione a prestazione continuativa: un contratto a prestazioni corrispettive e in cui, a fronte dell'obbligo dell'utente finale di corrispondere il corrispettivo del servizio, vi è quello del gestore di fornirgli quest'ultimo. La particolarità di tali contratti è che lo schema è in parte direttamente fissato da provvedimenti legislativi od amministrativi, ma conserva sempre la sua natura contrattuale di diritto privato - come nel testo precedentemente si è argomentato v. cap., 1 par. 1, nota 1 – per cui si applicano, anche, le disposizioni che disciplinano il contratto di somministrazione *ex.* artt. 1560, 1562 e 1563 c.c.. cfr. Corte Cost., 20 dicembre 1998, n. 1104, in *Giust. civ..*, 1999, p. 184; Cass. Civ., 28 maggio 2004, n. 10313, in *Dir. e giust.,* 2004, p. 26; Cass. Civ., 2 dicembre 2002, n. 17041, in *Giust. civ. Mass*., 2002, p. 2092; Cass. Civ., 29 aprile 1997, n. 3686, *Giust. civ. Mass.,* 1997, p. 655; laddove, invece, la dottrina più risalente qualificava il contratto di abbonamento telefonico come contratto di appalto di servizi v. E. DI FAZIO, "*Sulla natura del contratto di abbonamento telefonico"*, in *Temi Romani*, 1972, p. 622; C. OTTINO, "*Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, *sub artt. 1556 c.c. – 1570 c.c.",* in *Comm.* SCIALOJA - BRANCA, Bologna - Roma, 1970. La conseguenza è che in tema di riparto dell'onere probatorio, l'obbligo del gestore di effettuare gli addebiti di traffico sulla base delle indicazioni del contatore centrale non si può risolvere in un privilegio probatorio fondato sulla non contestabilità in bolletta, sicchè l'utente conserva il relativo diritto di contestazione e il gestore è tenuto a dimostrare il corretto funzionamento del contatore centrale e la corrispondenza tra il dato fornito e quello trascritto nella bolletta, senza che spieghi influenza la scelta dell'utente di non richiedere il controllo del traffico telefonico. Nel rapporto di utenza telefonica, trattandosi di contratto di tipo sinallagmatico, l'emissione della relativa bolletta non realizza un negozio di accertamento diretto a rendere certa ed incontestabile l'entità della periodica somministrazione. La bolletta, infatti, è inidonea a fornire la prova del credito in esso indicato (artt. 2214 c.c. e 2709 c.c.) essendo un documento proveniente dalla parte che se ne avvale. Essa costituisce un atto unilaterale di mera natura contabile, diretto a comunicare a far risultare all'utente - onde ottenerne il pagamento (a consumo) secondo precise scadenze - le prestazioni già eseguite secondo la conoscenza ed il convincimento dell'emittente, E. C. GUERRIERI CIACERI, "*Il contratto di utenza telefonica e contestabilità della bolletta",* in *Dir. e Giust.,* 2003, f. 14, p. 81. La bolletta telefonica, alla cui emissione l'utente non partecipa, infatti, si limita a rappresentare una data situazione ed opera, quindi, sul piano della verità del fatto affermato e non già sul piano volitivo. Si qualifica come atto giuridico e non come negozio, in quanto manca una manifestazione di volontà diretta a costituire, modificare ed estinguere rapporti giuridici. Tale atto resta, comunque, rettificabile in caso di

Il contratto telefonico ha ad oggetto un servizio di pubblica utilità per cui è sottoposto ad una disciplina avente ad oggetto norme che trovano la loro fonte sia nelle disposizioni di legge che nei provvedimenti dell'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni.[65]

I diritti e gli obblighi del fruitore del sevizio telefonico nascono direttamente dal negozio che l'utente stipula con il concessionario del servizio, ma sono indirettamente regolati dalla normativa di settore e altrettanto, gli enti gestori di telefonia devono attenersi alla prescrizioni dettate sia dalla legislazione civilistica e consumeristica sia dai provvedimenti delle Autorità Garanti competenti.[66]

Si pone dunque, il problema di valutare l'efficacia giuridica di tale fonte di produzione normativa al fine di stabilire quale grado di garanzia di tutela, sul piano normativo, possa offrire al consumatore e se le clausole contrattuali, inserite all'interno dei contratti telefonici,[67] che recepiscono il contenuto di tali delibere possano o meno essere sottoposte al sindacato di vessatorietà, *ex* art. 33 – 35 del codice del consumo.

---

divergenza con i dati reali, senza che per la sua contestazione debba trovare applicazione la disciplina, prevista per gli atti di natura negoziale, circa l'essenzialità e la riconoscibilità dell'errore prevista, dall'art. 1428 c.c., v. sul punto Trib. Roma, 30 ottobre1990, in *Giur.it.,* 1991, II, p. 789; Cass. Civ., sez. III, 17 febbraio 1986 , n. 947*, Giur. it.* 1986, I, p. 986.

[65] Nel settore dei rapporti di utenza, in relazione ad attività di rilevante impatto sociale o di indispensabilità del servizio stesso, l'asimmetria della posizione delle parti risulta particolarmente evidente, per cui si è ritenuto necessario isolare alcuni aspetti della regolamentazione del rapporto, tra utente e fornitore del servizio e farne oggetto di uno statuto specifico a se stante, v. G. CAIA, *"Direttiva del presidente del consiglio dei ministri 27 gennaio 1994*", in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari*, diretto da G. ALPA E P. ZATTI, Padova, 1995, p. 205 ss.; sul punto anche G. SCIULLO, "*Profili della direttiva 27 gennaio 1994 Principi sull'erogazione dei servizi pubblici"*, in *Dir. econ.,* 1996, p. 47 ss.

[66] Il riparto di competenze fra il Ministero e l'Autorità è stato oggetto di frequenti modificazioni normative e ha presentato margini di ambiguità. La normativa comunitaria, si è orientata verso una maggiore regolazione dei modelli amministrativi, cosi come accolti negli Stati europei, prediligendo il modulo delle Autorità Indipendenti.

[67] Nell'ambito del rapporto di telefonia tale aspetto assume grande rilievo se si considera la circostanza che sono previste identiche condizioni generali di contratto per milioni di utenti, si pensi alla clausole negoziali uniformi per l'acquisto di una scheda telefonica mobile, o alla stipula del contratto di abbonamento per la telefonia fissa.

Sul piano gerarchico, i provvedimenti dell'AgCom hanno natura di provvedimenti amministrativi della *species* regolamenti indipendenti,[68] le delibere, dunque, non essendo recepite né in decreti ministeriali né in fonti di

[68] La questione circa l'individuazione della natura giuridica dei provvedimenti dell'AgCom sorge in quanto la legge istitutiva dell'Autorità, pur descrivendo ed attribuendo analiticamente i diversi poteri regolamentari agli Organi della stessa, non sempre risulta chiara laddove abbia voluto fondare un potere regolamentare e dove meramente provvedimentale. L'indagine circa la natura giuridica di tali atti va svolta analizzando le singole tipologie di poteri previsti dalla legge. La legge istitutiva dell'Autorità, l. 31 luglio 1997, n. 249, ha previsto numerosi casi in cui sembra esservi la possibilità per il Garante di utilizzare i poteri con una valenza generale ed astratta, si tratta in particolare dei casi previsti all'art. 1 comma 6 "*Competenze degli organi dell'Autorità"* lettera *a)* n. 2, 3, 8 e lettera b) n. 2. Si richiamano, in particolare, ai fini dell'indagine in oggetto, l'art. 1 comma 6 lettera *a) la commissione per le infrastrutture e le reti esercita le seguenti funzioni",* n. 8 *"regola le relazioni tra gestori e utilizzatori delle infrastrutture di telecomunicazioni e verifica che i gestori di infrastrutture di telecomunicazioni garantiscano i diritti di interconnessione e di accesso alle infrastrutture ai soggetti che gestiscono reti ovvero offrono servizi di telecomunicazione; promuove accordi tecnologici tra gli operatori del settore per evitare la proliferazione di impianti tecnici di trasmissione sul territori";* lettera b) *"la commissione per i servizi e i prodotti",*n. 2*) "emana direttive concernenti i livelli generali di qualità dei servizi e per l'adozione, da parte di ciascun gestore, di una carta del servizio recante l'indicazione di standard minimi per ogni comparto di attività".* Il tenore di tali previsioni in ordine ai poteri normativi attributi agli organi dell'Autorità ha lasciato spazio per ipotizzare la configurabilità di un vero e proprio governo di settore delle telecomunicazione, in cui l'Autorità ad esso preposta eserciterebbe una competenza normativa esclusiva nel livello secondario della normazione. Si tratterebbe pertanto di un potere configurabile in termini di *"necessarietà costituzionale"* che si rapporterebbe al potere legislativo in relazione di competenza e non di gerarchia, cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *"Problematicità dei tratti caratterizzanti e prospettive di caratterizzazione sistematica delle autorità indipendenti"*, Torino, 2002, p. 270. Una tale ricostruzione del potere normativo dell'Autorità trova le proprie premesse in quelle parte della dottrina che ritiene che occorre affidare compiti di disciplina di determinati ambiti economici e sociali ad organismi collocati in una posizione di terzietà e di rafforzata imparzialità, sul piano politico e dunque anche giurisdizionale, rispetto agli interessi perseguiti in quanto la presenza di apparati amministrativi tradizionali risulterebbe invasiva rispetto alla finalità di garantire la libertà del mercato. Le Autorità dunque, sarebbero dotate di tale forza normativa proprio perché avrebbero come oggetto il mercato che di per se è fonte di autonoma produzione di norme in quanto determinate "*dalla stessa natura delle cose*". Tale espressione incisiva è del F. MERUSI, *"Democrazia e autorità indipendenti",* Bologna, 2000, p. 34. Tale teoria, seppure ha il pregio di mettere in luce il carattere della generalità ed astrattezza dei, su richiamati, poteri dell'Autorità e che la normazione dell'Autorità finisce per costituire l'unica disciplina esistente, sul piano normativo, del settore, *de quo*, delle telecomunicazioni, sembra, tuttavia, più opportuno ricostruire tale problematica in una prospettiva che non sovverta completamente il sistema delle fonti di produzione giuridica equiparando il regolamento alla legge. Sembra, invece, che i poteri normativi spettanti all'Autorità delle Comunicazioni possano ricondursi alle tipologie di regolamenti previste dall'art. 17 *"Regolamenti"* della legge 23 agosto 1988, n. 400 in particolare agli atti normativi riconducibili alla fattispecie di cui alla lettera *c* del succitato articolo 17, *"le materie in cui manchi la disciplina da parte di leggi o di atti aventi forza di legge, sempre che non si tratti di materie comunque riservate alla legge".* Si tratta dei c.d. regolamenti indipendenti, che trovano applicazione laddove la legge preveda l'intervento regolatorio, senza prescrivere norme da attuare, eseguire, integrare e senza procedere a delegificazione G. DI FIORE,*"Autorità di Garanzia e*

rango superiore,[69] ancorché intervengono in ambiti in cui difetta la legislazione primaria, sono tenute al rispetto di ogni principio stabilito da fonte ad esse gerarchicamente superiore.

Questione preliminare alla soluzione relativa alla possibilità o meno del controllo di vessatorietà sulle delibere dell'AgCom, ai sensi della disciplina consumeristica, è quella relativa al se le delibere dell'Agcom che disciplinano il rapporto di telefonia, entrano a far parte del contratto di abbonamento telefonico che si instaura tra l'utente e il gestore telefonico ovvero restano esterne allo stesso.

Un primo orientamento parte dal presupposto che le delibere dell'AgCom, tendono a definire le fase precontrattuale e preliminare all'organizzazione del servizio e dunque sono estranee al regolamento contrattuale, anche nella fase di attuazione, le regole in esse dettate costituiscono un criterio di valutazione della diligenza nell'adempimento, con riferimento agli *standard* adottati dal soggetto che fornisce la prestazione e contemplano altre modalità del rapporto con l'ente erogatore ma non prendono in considerazione tutti gli altri aspetti disciplinati autonomamente e separatamente nelle condizioni generali di contratto.

Ed invero, i principi guida contenuti all'interno delle delibere e i meccanismi per attuarli sono uguali e comuni per tutti i pubblici servizi, infatti unitaria è la

---

interesse pubblico nelle comunicazioni integrate", Napoli, 2002, p. 210**;** A. BARBERA, "*Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità Garanti",* in AA. VV. *"Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti",* in *Quad. riv. trim. dir. e proc. civ.*, II, Milano, 1997, p. 89. In relazione al fatto che qualificazione della natura giuridica degli provvedimenti dell'Autorità possa essere questa appena proposta, risulta implicitamente confermato dalla stessa legge istitutiva dell'Autorità, la quale, *ex* art. 26, demanda alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo i ricorsi *contro ogni tipo di provvedimento dell'Autorità* e attribuisce competenza funzionale inderogabile al T.A.R. Lazio. Così come confermato dal d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, *"Codice delle Telecomunicazioni"* che all'art. 9 titolato "*Ricorsi avverso provvedimenti del Ministero e dell'Autorità*" espressamente sancisce che "*I ricorsi avverso i provvedimenti del Ministero e dell'Autorità adottati sulla base delle disposizioni del Codice sono devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La competenza nei giudizi di primo grado e' attribuita in via esclusiva ed inderogabile dalle parti al Tribunale amministrativo regionale (TAR) del Lazio*".

[69] In quanto atti amministrativi, le delibere dell'AgCom, in sede di tutela di un diritto soggettivo, sono solamente suscettibili di disapplicazione e qualora illegittime, non competerà all'AgCom nessun potere modificativo.

disciplina legislativa dell'istituto della carta dei servizi.[70] Né potrebbe essere diversamente, in quanto si tratta di norme dirette a creare uno statuto generale dell'utente di pubblici servizi. D'altronde, è stato argomentato a sostegno di tale impostazione, che questo statuto, e le sue concrete applicazioni, valgono e sono operati anche quando non sono previste condizioni generali di contratto, come ad esempio si verifica rispetto al servizio sanitario, al servizio postale, al servizio scolastico.[71]

Secondo questa impostazione l'assunzione unilaterale degli impegni è l'unico mezzo per rendere vincolante il contenuto dell'atto nei confronti degli utenti e ciò spiega perché, dovendosi prevedere un meccanismo di portata generale, sia stato scelto lo strumento tecnico dell'autoregolamentazione mediante promessa unilaterale, che produce effetti obbligatori per espressa previsione legislativa[72] e

---

[70] Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 gennaio 1994, "*"Princìpi sull'erogazione dei servizi pubblici".* L'Agocm ha adottato tale carta dei servizi modulandola al settore delle telecomunicazioni, cfr. Delibera n. 179/03/CSP *"Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni.*

[71] Si cfr. al riguardo G. SIBISÀ, *"Natura e funzione delle carte dei servizi",* in *Economia e dir. del terziario,* II, 1997, p. 881. Tale autore ritiene che come è diversa la disciplina di riferimento del complesso rapporto giuridico che si instaura con l'utente, cosi è anche diverso l'oggetto delle due componenti della regolamentazione. La carta dei servizi riguarda la fase di attuazione del rapporto e la fase preliminare alla stipulazione del contratto dal momento in cui l'utente entra per la prima volta in contatto con l'erogatore del servizio fase che è invece, per definizione, estranea al contenuto delle condizioni generali del contratto e dunque rispetto alla quale è da escludersi ogni controllo di vessatorietà.

[72] Le delibere, secondo questa ipostazione possono essere paragonati, alla fattispecie codicistica delle promesse unilaterali, *ex* art. 1987 c.c., cioè negozi giuridici unilaterale aventi ad oggetto la promessa di una prestazione e caratterizzati dall'essere impegnativi per i promettente (colui che esegue la promessa) indipendentemente dall'accettazione o dal rifiuto del promettente (beneficiario della promessa). L'art. 1987 c.c. prevede che le promesse unilaterali producono effetti obbligatori solo nei casi ammessi dalla legge, nel caso *de quo*, la fonte legislativa che ammette per le delibere gli effetti previsti dall'art. 1987 c.c., potrebbe essere individuata nella Legge 14 novembre 1995, n. 481 "*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità"* il cui art. 2 comma 12 lettera p. stabilisce che "*Ciascuna Autorità controlli che ciascun soggetto esercente il servizio adotti, in base alla direttiva sui princìpi dell'erogazione dei servizi pubblici del Presidente del Consiglio dei ministri del 27 gennaio 1994, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 43 del 22 febbraio 1994, una carta di servizio pubblico con indicazione di standards dei singoli servizi e ne verifica il rispetto".*

consente di sottoporre al diritto privato comune gli impegni assunti dal soggetto erogatore.[73]

Questa struttura unilaterale, sembrerebbe secondo tale orientamento l'unica compatibile con la sostanza del fenomeno regolato. L'utente, secondo questa impostazione, è soggetto estraneo alla fattispecie *de quo* e l'ente gestore, dovrà garantire a quest'ultimo solo adeguata pubblicità.[74] Se questa è la struttura della regolamentazione prevista della delibere ne discende che il problema dell'applicabilità o meno della disciplina delle clausole vessatorie riguardante i contratti del consumatore, non si pone neppure, in quanto totalmente estranee alla fattispecie contrattuale.[75]

Si ritiene invece più condivisibile diversa impostazione che sostiene che per quanto concerne il rapporto di utenza telefonica, si potrebbe essere in presenza di una forma particolare di integrazione del contratto, *ex* art. 1374 c.c.,[76] che comporta, oltre agli effetti previsti nelle condizioni generali di fornitura, anche quelli collegati alle norme di protezione che si riassumono nelle delibere dell'Agcom.

In sostanza la disciplina del rapporti di utenza si comporrebbe di due parti: condizioni generali di contratto e regolamento contenuto delle delibere Agcom.

Le norme integrative del contratto possono, infatti, assumere il carattere dell'inderogabilità quando esse tutelano un interesse generale prevalente su quello

---

[74] A. MATTIACCI, *"Carta dei servizi e managerialità pubblica"*, in *Economia e dir. del terziario*, II, 1997, p. 635. Le delibere sarebbero efficaci nei confronti dei destinatari/utenti, dal momento in cui vengono resa pubbliche.

[75] Il senso del controllo di vessatorietà è infatti quello di sancire l'inefficacia delle clausole fermo restando per il resto il contratto. Le regole contenute nella delibere essendo qualificate come impegni unilaterali, per definizione, possono creare vincoli solo per il soggetto erogatore e considerando altresì la circostanza che spesso tali atti hanno carattere imperativo e vengono quindi imposti dall'ente gestore del servizio di telefonia, quest'ultimo non ha la facoltà autonomamente decidere se inserire le relative previsioni nel contratto.

[76] Ai sensi l'articolo 1374 c.c. le fonti di integrazione del contratto sono la legge o in mancanza gli usi e l'equità, dunque, alla determinazione del contenuto del contratto possono concorrere anche fonti eteronome cioè non riconducibili a manifestazioni dell'autonomia privata, cfr. sul punto G. ALPA,"*L'autorità per i servizi pubblici e i consumatori",* in *Rass. giur.,* 1996, p. 53 ss.

delle parti o anche l'interesse di una parte contro al preminente forza economica dell'altra. L'integrazione ad opera della legge può assumere forme molto diverse, talora l'integrazione avviene tramite norme imperative che si sovrappongono alle difformi determinazioni dell'autonomia privata, realizzando così un'integrazione cogente del contratto. Taluno,[77] infatti, ha ritenuto che si sia in presenza di una inserzione automatica di clausole e quindi che il meccanismo attraverso cui le delibere entrano a far parte del regolamento negoziale, nel caso *de quo* il rapporto di telefonia, vada ricollegato al fenomeno previsto dall'art. 1339 c.c. titolato *"inserzione automatica di clausole"*.

Questo secondo modello di integrazione legale si rinviene, in particolare, nell'art. 1339 c.c. alla stregua del quale *"le clausole ed i prezzi imposti dalla legge sono di diritto inseriti nel contratto anche in sostituzione di quanto dalle parti."*

Il meccanismo descritto dall'art. 1339 c.c. riveste una notevole importanza perchè esso consente la sostituzione automatica della clausola pattizia con la norma imperativa anche quando la sostituzione non sia espressamente prevista dal legislatore. Tale disposizione costituisce indubbiamente una limitazione della autonomia contrattuale che appare tuttavia costituzionalmente legittima ed anzi doverosa in quanto volta ad impedire che l'esercizio dell'attività economica si ponga in contrasto con l'utile sociale, *ex* art. 41 Cost. La tendenza dell'ordinamento è per altro chiaramente nel senso di allargare l'area di protezione della parte debole introducendo una sempre più ampia gamma di determinazioni legali del contratto che possono essere derogate solo a favore della parte tutelata.

---

[77] F. PUGLIESE, "*Le carte dei servizi. L'autorità di regolazione dei servizi pubblici essenziali. I controlli interni"*, in *Riv. trim. app.,* 1995, p. 239 ss.

Inoltre l'articolo 1339 c.c. non opera in chiave esclusivamente sostitutiva, in quanto la clausola legale è inserita *de iure* nel contratto pur quando le parti non abbiano pattuito una clausola difforme.[78]

Questa inserzione in cui si esprime l'integrazione inderogabile, deve intendersi con riguardo al rapporto.

La modifica autoritaria del rapporto non ne tocca il suo carattere negoziale[79] in quanto costituito da un atto di autonomia privata. Gli effetti legali concorrono a formare i diritti e gli obblighi che ineriscono a tale rapporto e sono assoggettabili alla sua disciplina e alle sue vicende.

L'art. 1339 c.c. fa riferimento alla clausole "imposte per legge", secondo parte della dottrina,[80] deve intendersi norme avente valore di legge in senso sostanziale, e quindi anche i regolamenti, dunque rientrerebbero, in linea teorica, appieno le delibere dell'AgCom.

Questa ricostruzione può essere condivisa solo nel senso della riconduzione del fenomeno dell'area dell'integrazione contrattuale ma in senso specifico non si può propriamente parlare di inserzione automatica di clausole in quanto mancano entrambi i presupposti a cui è comunemente ricollegata l'applicazione dell'art. 1339 c.c.

Si ritiene, infatti, affinché possa trovare applicazione il meccanismo di etero integrazione previsto da questa norma riguardante le ipotesi in cui si tratti di sostituire clausole difformi stipulate tra le parti od integrare semplicemente il contratto con disposizioni imperative di legge,[81] sarebbe opportuno che la

---

[78] Ciò significa che non necessariamente si assista ad una duplice operazione: nullità delle clausole pattizie per illiceità, derivante da contrarietà a norme imperative e successiva sostituzione della clausola nulla con quella legale.

[79] In dottrina si è autorevolmente argomentato v. G. B. FERRI, "*Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico",* in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, p. 284, che la modifica imperativa degli effetti è compatibile col persistente intendimento dell'atto quale espressione di autonomia privata in quanto rimane fondamentalmente fermo lo scopo pratico del contratto,

[80] Si cfr. sul punto G. MIRABELLI, "*Le clausole imposte",* in *Il contratto in generale,*Torino, p. 125.

[81] Tale impostazione è stata sottoposta severa critica da parte dei fautori della teoria della c.d. *autoregolemantenzione* v. al riguardo G. SIBSÀ, "*Natura e funzioni delle carte dei servizi",* in *op.*

previsione relativa all'integrazione del contenuto del contratto fosse espressamente prevista dalla legge intesa come fonte di primo grado sovraordinata, in ogni caso, ai regolamenti indipendenti, quali appunto le delibere dell'Agcom.[82]

Anche quando la carta si innesta sul rapporto contrattuale tra soggetto erogatore ed utente si tratta di un complesso di regole la cui finalità specifica non è quella di predisporre autoritativamente delle clausole riguardati le condizioni generali di contratto nella loro struttura tipica, bensì quella di completare il contenuto negoziale con una disciplina aggiuntiva che fondamentalmente ha per oggetto la qualità del servizio e che si propone obiettivi che vanno al di là di quello che è il normale regolamento contrattuale.

Se dunque si ritiene sussistere un collegamento tra le due discipline allora le clausole contenute nella carta dei servizi o le delibere dell'Autorità sarebbero soggetto al controllo di abusività.

Un profilo di grande interesse è rappresentato dalla possibilità di applicare ai provvedimenti dell'Autorità il disposto normativo dell'art. 34 cod. cons., *"Accertamento della vessatorietà delle clausole",* comma 3 che dispone che *"non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riproduttive di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni*

---

cit., n. 2, 1997, p. 889. *"Il primo presupposto, quindi è che il contenuto specifico della pattuizione sia stabilito da norme di legge inderogabili; il secondo presupposto è che il concreto regolamento di interessi predisposto dai contraenti contenga delle clausole difformi dalle disposizioni inderogabili. Nel caso in esame, invece, la regolamentazione contenuta nelle delibere non è direttamente prevista dalla legge ma è un atto di autoregolamentazione del singolo soggetto esercente il servizio, sia pure vincolato al rispetto linee guida ma non delle regole previste da norme legislative. Quanto poi al meccanismo operativo, in linea di massima, non si tratta di sostituire clausole invalide con norme imperative, bensì di completare la disciplina contrattuale con ulteriori impegni riguardanti le modalità di esecuzione della prestazione".*

[82] Secondo diversa teoria l'atto amministrativo non potrebbe di per sé imporre un dato contenuto ai contratti stipulati dai privati, senza un rinvio di legge il contenuto del contratto non può essere imposto neanche mediante regolamento. Per la necessaria sussistenza del rinvio di fonte legislativa in senso formale in quanto solo quest'ultima attribuendo all'organo amministrativo il potere di provvedere, ne predetermina i criteri e ne esclude l'assoluta discrezionalità della P.A. si cfr. M. NUZZO, *"Utilità sociale e autonomia privata",* Milano, 1975, p. 456; P. BARCELLONA, *"Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici",* 1969, Milano, p. 144; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto",* Milano, 1969, p. 36, V. BACHELET, *"L'attività di coordinamento nell'amministrazione dell'economia"*, Milano, 1957, p. 225 ss.

internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'unione Europea o l'Unione Europea".

A tal riguardo il primo orientamento ritiene che in tali ipotesi, essendo comunque gli atti dell'Autorità disposizioni riferibili direttamente a prescrizioni legislative,[83] debba escludersi la vessatorietà delle clausole adesive nei contratti telefonici.

Altra opzione ermeneutica, invece argomenta che le clausole contrattuali approvate o comunque riferite a provvedimenti non aventi forza di legge, come appunto le delibre dell'AgCom, non si sottraggono alla tutela consumeristica in virtù della lettura testuale dell'art. 34 cod. cons. comma 3, che esclude dal novero delle disposizioni sottratte al sindacato di vessatorietà, solo quelle che trovano la loro diretta fonte nella legge.

La regolamentazione *de quo* trae origine da disposizioni di legge, ma nei suoi concreti contenuti è di fonte negoziale[84] e quindi sarebbe in linea di principio sarebbe soggetta alla disciplina consumeristica, salvo il limite che non deriva dalla natura della disposizione, se sia o meno fonte primaria o secondaria, ma dal suo specifico contenuto, per cui la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione all'oggetto del contratto ne all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei *servizi purchè tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile, ex* art. 34 n. 2 cod. cons. [85]

---

[83] Si rinvia sul punto all'interno di questo paragrafo nota 67, in relazione a quegli autori che attribuiscono alle delibere dell'AgCom valore di fonti di produzione normative di primo grado per il loro carattere *"innovativo"* all'interno dell'ordinamento giuridico.

[84] G. ALPA, *"L'autorità per i servizi pubblici e i consumatori",* in *Rass. giur.,* 1996, p. 53 ss.

[85] Parallelamente, l'art. 35 cod. cons. sancisce che: n. 1 *"nel caso di contratti di cui tutte o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile",* n. 2 *" in caso di dubbio sul senso di una clausola prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore*". Il legislatore ha voluto quindi coniugare l'elemento della conoscibilità del contenuto con quello della trasparenza, completezza, intellegibilità sia formale sia sostanziale delle condizioni contrattuali. Secondo parte della dottrina l'astratta conoscibilità al pubblico delle condizioni generali impedirebbe a queste ultime di essere qualificate vessatorie ai sensi della citata normativa. In realtà a completare di contenuto tale disposizione consumerista, per i contratti di telefonia potrebbe richiamarsi la delibera n. 179/03/CPS AgCom "*Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni",* che all'art. 4 titolato *"informazioni degli utenti"* richiama i principi di

uniformità e chiarezza e prescrive che *presentare, in modo chiaro, esatto e completo, i contenuti del servizio nonché i termini e le modalità di erogazione ed in particolare i prezzi, l'unità di conteggio e le modalità di tassazione applicate, la periodicità della fatturazione, i periodi minimi contrattuali, le condizioni per il rinnovo ed il recesso, eventuali penali e le condizioni per la cessione del credito e la relativa notifica all'utente ai sensi dell'articolo 1264 c.c.*". Il requisito della conoscibilità dunque è realizzato attraverso una corretta e completa informazione. Sull'importanza del diritto all' informazione come strumento di tutela del contraente debole v. L. ROSSI CARLEO, *"Commento sub art. 5, Obblighi generali"*, in "*Codice del consumo. Commentario"*, a cura di G. ALPA E L. ROSSI CARLEO, *op. cit.,* pp. 125- 132. Gli art. 33 e 35 ss. cod. cons. hanno canonizzato la nozione di vessatorietà delle clausole contenute nei contratti aventi ad oggetto prestazioni di servizi conclusi tra il consumatore ed il professionista. Al riguardo è interessante esaminare le ipotesi in cui sono state ritenute o meno vessatorie le clausole predisposte dai gestori telefonici.

Tra le ipotesi di presuntiva vessatorietà rientra nell'art. 33 comma 2, punto n) cod. cons., il quale prevede che il prezzo dei beni o dei servizi debba essere predeterminato al momento della consegna o della prestazione. Tale fattispecie, è tra quelle più diffuse nell'ambito del contratto di telefonia considerato che per effetto della liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni gli utenti hanno la possibilità di scegliere tra un'enorme offerta di tariffe telefoniche fisse e mobili anche mediante i servizi *umts*, le cui condizioni ed i costi spesso non garantiscono una reale chiarezza. Nell'ottica di una effettiva tutela consumeristica, e per evitare che gli utenti possano incolpevolmente aderire a clausole predisposte degli enti gestori nelle quale non siano indicate con precisione le tariffe nonché gli effettivi costi del servizio di telefonia, l'Autorità Garante ha predisposto alcune indicazioni a garanzia dei consumatori. In particolare gli operatori telefonici, al momento della conclusione del contratto, devono sempre preventivamente assicurare una trasparente e chiara informazione (ad esempio il c.d. scatto alla risposta o il termine di scadenza delle offerte) inoltre devono indicare le modalità secondo le quali possono essere ottenute informazioni aggiornate sulle tariffe applicabili e sui costi di manutenzione. Proprio l'intellegibile predeterminazione delle tariffe nonchè l'adeguata pubblicità delle stesse ai fini di una loro compiuta conoscibilità si ritiene possa essere idonea la presunzione di vessatorietà.

I contratti di telefonia, soprattutto quelli stipulati mediante abbonamento, devono prevedere il diritto di recesso da parte del consumatore ai sensi dell'art. 33, comma 3, punto a) cod. cons.

Un'interessante questione è rappresentata, ai fini dell'accertamento della vessatorietà nei contratti a tempo determinato, dalla clausola del rinnovo automatico del contratto per il medesimo periodo salvo disdetta del consumatore.

E' quindi determinante valutare l'idoneità del termine di disdetta attribuito in favore dell'utente per permettere a quest'ultimo di ponderare le eventualità di rinnovare o meno il negozio. In un'ottica di bilanciamento degli interessi- quella del consumatore di potere decidere se proseguire o meno il rapporto e quella del gestore di poter conoscere la durata del contratto- si è ritenuto che il termine di 30 giorni di regola previsto nei contratti per adesione per comunicare la propria volontà di recesso, sia stato ritenuto congruo superando cosi il sindacato di vessatorietà.

Un'ulteriore ipotesi molto frequente nei contratti di telefonia è quella relativa alla clausola che prevede il mutamento unilaterale delle condizioni tariffarie nonché dei servizi offerti. Tale aspetto è molto controverso, in quanto trovano applicazione sia l'art. 33, comma 3, punto b) cod. cons., secondo il quale è vessatoria la previsione di una modifica da parte del professionista delle caratteristiche del prodotto o del servizio senza adeguata giustificazione; sia l'art. 33, comma 3, punto b) cod. cons, in virtù del quale è vessatoria la clausola che aumenta il prezzo del servizio senza che il consumatore possa recedere.

Si ritiene, tra le due norme, che prevalga l'ultima, con la conseguenza che non incadrà nella sanzione di vessatorietà il comportamento contrattuale del Gestore modifichi unilateralmente il prezzo del servizio di telefonia un congruo ed apprezzabile termine di recesso al consumatore per potere ponderare la volontà di proseguire o meno il rapporto modificato.

In ultimo, tra le diverse problematiche, la cui soluzione dipende, in tutto od in parte, dalla natura giuridica attribuita alla delibere dell'Autorità (in particolare a quelle relative all'adozione della Carta dei Servizi) merita di essere menzionata quella relativa ai rimborsi forfettari per il mancato rispetto degli impegni assunti dal soggetto erogatore. Per quanto concerne i servizi nel settore telefonico, il tema è regolato dall'art. 11 – "*Rimborsi ed indennizzi"* - n. 2, della Delibera n. 179/03/CPS AgCom *"Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni"*. Rispetto a questo particolare regime si pone il problema di accertare se l'utente possa richiedere il risarcimento del maggior danno eventualmente subito. Al riguardo se si condivide la ricostruzione dell'istituto in termini di negozio unilaterale, e quindi vincolante solo per il soggetto erogatore, la soluzione è di solare evidenza. L'indennizzo automatico è un diritto dell'utente, che potrà esercitare se il rimborso non è inferiore al danno effettivamente subito, ma che non limita in alcun modo la sua libertà di provare il maggior danno e di ottenere il risarcimento.

Se, invece, si dovesse ritenere che la regolamentazione della carta dei servizi si fonde con le condizioni generali di contratto, allora, dovrebbe valere la disciplina delle clausole vessatorie. Sarebbe, in tale caso, violata la norma che impedisce di limitare la richiesta di risarcimento del danno da parte del consumatore.

La previsione dei rimborsi forfettari *ex* art. 11 n. 2 della Delibera n. 179/03/CPS AgCom, quindi, anche se qualificata come clausola penale, avrebbe unicamente la funzione di predeterminare il risarcimento dovuto per il solo fatto dell'inadempimento, fatta salva la risarcibilità del danno ulteriore che deriverebbe dalla disciplina del codice del consumo, anzichè da espressa pattuizione delle parti come prevede invece l'art. 1382 c.c.

Capitolo II

Fornitura non richiesta onerosa e gratuita nella disciplina dei contratti a distanza. Maggiore tutela per il consumatore nella nuova formulazione dell'art. 57 cod. cons.

SOMMARIO: - 1. Disciplina di riferimento ed interessi protetti: tutela del consumatore dall'induzione all'acquisto. - 2. I tratti qualificanti della fattispecie sanzionata dall'art. 57 cod. cons. (precedente formulazione): *"mancanza di previa ordinazione"* e *"richiesta di pagamento"*. - 3. Limite della disciplina: condotta vietata e condotta sanzionata. Non sanzionato l'invio fornitura non richiesta a titolo gratuito, in ogni caso *"sgradita"* dal consumatore. - 4. La fornitura non richiesta come pratica commerciale scorretta: possibilità di ampliamento della fattispecie sanzionata anche per la fornitura non richiesta a titolo gratuito. - 5. Gli obblighi gravanti sul consumatore che abbia ricevuto un bene e/o servizio non richiesto. Gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza: utilizzazione del bene, obbligo di custodia e di restituzione.

1. Disciplina di riferimento ed interessi protetti: tutela del consumatore dall'induzione all'acquisto.

Dalla lettura sistematica delle disposizioni del Codice del Consumo si può affermare la previsione di una tutela per il consumatore che sia vittima di una fornitura non richiesta.

In particolare, *ex* art. 57 cod. cons. titolato *"Fornitura non richiesta"*[86] in combinato disposto con l' art. 62 *"sanzioni"*,[87] è sancito il divieto di fornitura di

[86] Tale disposizione riproduce senza alcuna modifica l'art. 9 d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185 sui "Contratti a distanza". L'Italia è stato il primo Stato membro dell'UE a recepire la direttiva 97/7/CE. Negli altri Stati membri, prima dell'emanazione di tale direttiva, già si era sentita l'esigenza di disciplinare i fenomeni collegati alle prassi e pratiche commerciali relative a vendite e/o contratti a distanza. In Francia, all'interno del *code de la consommation*, gli artt. 121-16 e gli artt. 121-20 si occupavano rispettivamente delle *ventes à distances e del dèmarchage par tèlèphone ou par tout moyen tecnique assimilable*; in Portogallo un'articolata disciplina dedicata alle *vendas por corrispondéncia,* era contenuta negli artt. 8-12 del Decreto-Lei n. 272/1987 (emanato per dare attuazione, nell'ordinamento portoghese, alla direttiva 85/577/CEE); in Belgio, norme in materia di *achats forcès* e di *ventes à distances*, trovavano già una propria disciplina all'interno della legge n. 205 /91 *"Loi sur les pratiques du commerci et sur l'information e la prtection du consumateur"*, infine, anche in Grecia una disciplina sui contratti a distanza già si rinveniva nell'art. 4 della legge 2251 del 1994, sulla tutela dei consumatori.

beni o servizi al consumatore, in mancanza di una sua previa ordinazione, nel caso in cui la fornitura comporti una richiesta di pagamento.

La violazione di tale divieto da parte del professionista è punita, in primo luogo, con sanzioni amministrative.

Il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta ed in ogni caso, alla mancata risposta del consumatore, non può attribuirsi il significato di accettazione tacita.

L'antecedente normativo dell'art. 9 del d.lgs n. 185/1999, sul piano nazionale, può essere ravvisato nel precedente decreto legislativo 31 marzo 1999, n. 114, in materia di "Riforma della disciplina relativa al settore del commercio",[88] che aveva già sanzionato la fornitura non richiesta, infatti all'art. 18, comma 2,

---

[87] L'art. 62 cod. cons., "sanzioni", dispone testualmente che "*1. Salvo che il fatto costituisca reato il professionista che contravviene alle norme di cui al presente capo, ovvero non fornisce l'informazione al consumatore, ovvero ostacola l'esercizio del diritto di recesso ovvero fornisce informazione incompleta o errata o comunque non conforme sul diritto di recesso da parte del consumatore secondo le modalità di cui agli articoli 64 e seguenti, ovvero non rimborsa al consumatore le somme da questi eventualmente pagate, nonchè nei casi in cui abbia presentato all'incasso o allo sconto gli effetti cambiari prima che sia trascorso il termine di cui all'articolo 64, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro cinquecentosedici a euro cinquemilacentosessantacinque. 2. Nei casi di particolare gravità o di recidiva, i limiti minimo e massimo della sanzione indicata al comma 1 sono raddoppiati. La recidiva si verifica qualora sia stata commessa la stessa violazione per due volte in un anno, anche se si e' proceduto al pagamento della sanzione mediante oblazione. 3. Le sanzioni sono applicate ai sensi della legge 24 novembre 1981, n. 689. Fermo restando quanto previsto in ordine ai poteri di accertamento degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria dall'articolo 13 della predetta legge n. 689 del 1981, all'accertamento delle violazioni provvedono, d'ufficio o su denunzia, gli organi di polizia amministrativa. Il rapporto previsto dall'articolo 17 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e' presentato alla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura della provincia in cui vi e' la residenza o la sede legale del professionista, ovvero, limitatamente alla violazione di cui all'articolo 58, al Garante per la protezione dei dati personali".*

[88] Tale decreto legislativo è stato emanato in attuazione della legge 15 marzo 1997, n. 59 (recante delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa) che *ex* art. 4, comma 4, lettera c) prevede il riordino della disciplina delle attività economiche ed industriali, in particolare, per quanto riguarda il sostegno e lo sviluppo delle imprese operanti nell'industria, nel commercio, nell'artigianato, nel comparto agro - industriale e nei servizi alla produzione, Il fine che si propone tale decreto è di *"di promuovere la competitività delle imprese nel mercato globale e la razionalizzazione della rete commerciale, anche in relazione all'obiettivo del contenimento dei prezzi e dell'efficienza della distribuzione".*

prescriveva che fosse vietato inviare prodotti al consumatore se non a seguito di specifica richiesta, essendo invece solo consentito l'invio di omaggi o di prodotti che non comportassero spese o vincoli per il consumatore.[89]

Le forniture di beni o servizi effettuate in mancanza di una "previa ordinazione" del consumatore, sono vietate soltanto se accompagnate da una "richiesta di pagamento" cioè da una dichiarazione nella quale si afferma che il contratto si intende concluso alle condizioni ivi indicate, se il bene o il servizio non venga rifiutato dal consumatore cui è stato inviato, ovvero non venga restituito al fornitore entro un dato termine.

Scopo del legislatore comunitario è quello di evitare che il consumatore sia indotto al pagamento di beni o servizi non desiderati o non richiesti, a causa dell'erroneo convincimento di esservi giuridicamente tenuto per il solo fatto di averli ricevuti (talvolta sotto la spinta di pressioni indebite e/o sollecitazioni indesiderate da parte dei prestatori di beni o servizi) o di non averli restituiti.

La *ratio* del legislatore comunitario, è, dunque, rivolta non tanto a proteggere il consumatore contro le aggressioni alla sua "sfera privata"[90] arrecate dall'uso, nello specifico, dall'abuso di talune modalità di impiego tecniche di comunicazioni a distanza,[91] ma è, essenzialmente, rivolta a *"proteggere il*

---

[89] Negli altri paesi europei, precedenti normativi che richiamano la fattispecie disciplinata dall' art. 9 d.lgs. n. 185/1999 si rivengono, in Gran Bretagna, nell'*Unsolicited goods and services Act* del 1971, emanato dalla R. 22 dello *S.I. Statutory Intrument* 2334/2000. In particolare, la normativa inglese per la fornitura di servizi non richiesti dal ricevente ed effettuate a scopo commerciale prevede una disciplina più severa: il consumatore può disporre dei beni e non ha alcun obbligo restitutorio nè è tenuto alcuno tipo di prestazione corrispettiva ed il fornitore perde ogni diritto sulla merce senza acquistare diritti restitutori o risarcitori. Nel caso di richiesta di adempimento da parte del professionista sono previste sanzioni pecuniarie penali a carico di quest'ultimo, cfr. sul punto PUTTI P. M., *art. 62. Sanzioni*, in *Codice del consumo. Commentario,* a cura di G. ALPA E L. ROSSI CARLEO, Napoli, 2005, p. 449. Nell'ordinamento francese all'interno del *code del la consommation*, dall'art. 1222 all'art. 1225, vengono rispettivamente contemplate sanzioni civili e penali per le *ventes sans commande prèalable.*

[90] Statuisce espressamente l'art 17 dei *considerando, "occorre riconoscere al consumatore un diritto alla protezione della vita privata, segnatamente per quando concerne la tranquillità rispetto a talune tecniche di comunicazione particolarmente invadenti e che occorre pertanto precisare i limiti specifici all'impiego di tali tecniche".*

[91] La nozione di contratto a distanza ricorre se sussistono tre condizioni (art. 50, lettera a codice del consumo): in primo luogo le parti debbono servirsi di una tecnica di comunicazione a distanza, per tale dovendosi intendere qualsiasi mezzo, attraverso il cui impiego possa essere concluso un

consumatore da se stesso"[92] cioè dalle conseguenze della sua potenziale ignoranza o semplicemente ingenuità, di fronte ad abusive e subdole forme di pressione e/o induzioni all'acquisto poste in essere dagli imprenditori.

Il decreto affronta soltanto i temi in oggetto della direttiva 97/7/CE,[93] dunque, non affronta i temi concernenti il momento, il luogo e i presupposti della stipulazione del contratto concluso a distanza, aspetti che vengo lasciati dalla stessa direttiva, alla regolamentazione e disciplina di ciascun Stato membro, secondo i propri principi di diritto civile nazionale. Con tale direttiva, infatti, il legislatore comunitario non ha inteso occuparsi delle disposizioni nazionali strettamente relative alla regolamentazione contrattuale, ma ha inteso mirare ad un ravvicinamento delle disposizioni dei singoli Stati membri[94] disciplinanti i fenomeno della contrattazione a distanza.

---

contratto senza la presenza fisica e simultanea della parti (o dei loro rappresentanti); in secondo luogo l'intero procedimento che conduce alla stipulazione del contratto, non solo lo scambio di volontà costitutive dell'accordo (proposta ed accettazione) ma anche la negoziazione del medesimo, deve svolgersi attraverso l'impiego esclusivo di comunicazioni a distanza, conclusione. Non occorre, invece, che sia utilizzato sempre e soltanto il medesimo strumento-mezzo di comunicazione, ben potendo le parti le aver fatto ricorso a due o più tecniche di comunicazione a distanza diverse (es. accettazione telefonica di una proposta effettuata tramite il mezzo televisivo ovvero ordinazione tramite *fax* o lettera di un prodotto offerto *on line*); infine le tecniche di comunicazione impiegate per concludere il contratto debbono essere utilizzate dalle parti nell'ambito di un "sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal fornitore", cioè nell'ambito di una struttura appositamente e stabilmente deputata alla distribuzione attraverso tecniche di comunicazione a distanza di tutti i beni i servizi offerti dai fornitori sul mercato e che di questa struttura si siano serviti per avviare, condurre e portare a termine la negoziazione. Se manca una struttura siffatta e se il ricorso del fornitore e/o professionista alla tecnica di comunicazione a distanza si configura come meramente occasionale, il contratto da lui concluso con il consumatore non rientrerebbe nella disciplina del d.lgs. 185/1998.

[92] G. DE CRISTOFARO, *«Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore»*, in *Studium Iuris*, 1999, p. 1201 .

[93] Come la prescrizione di obblighi di informazione, il riconoscimento del diritto di "ripensamento", l'esecuzione del contratto, l'imposizione di limiti all'impiego di talune tecniche di comunicazioni a distanza ed il rafforzamento della tutela giurisdizionale.

[94] La direttiva 97/7/CE è stata emanata nell'ambito della realizzazione degli obiettivi di politica economica comunitaria relativi al "riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli stati membri", art. 95 Trattato CE. Tale obiettivo è volto, da un lato, ad evitare che a causa delle diversità esistenti fra legislazioni degli stati membri in materia di contratti a distanza conclusi tra professionisti e consumatori venissero a determinarsi distorsioni della concorrenza e dall'atro, a favorire e stimolare gli acquisti transfrontalieri, contribuendo così a promuovere, all'interno della Comunità, la libera circolazioni di beni e sevizi destinati al consumatore.

L'ulteriore fine perseguito dalla direttiva è quello di realizzare un apparato unitario di tutela per i consumatori coinvolti nelle negoziazioni a distanza, che si aggiungesse a completamento di quello già predisposto dalla direttiva 85/577/CEE relativa ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali.[95]

Questi ultimi si differenziano dai contratti a distanza, *in primis*, per motivi di natura strutturale.

I contratti negoziati fuori dai locali commerciali, infatti, si collocano tra i c.d. contratti *inter presentes*, cioè sussiste la presenza fisica e contestuale delle parti contraenti (dunque è assicurato un margine di negoziazione e documentazione scritta) e si caratterizzano per una tipica potenzialità aggressiva legata al c.d. effetto sorpresa.

Nei contratti a distanza, invece, l'elemento distintivo è proprio caratterizzato dal venir meno dell'unità spazio temporale tra le parti.

L'elemento che contraddistingue la contrattazione a distanza è rappresentato dallo strutturale venir meno della presenza fisica e simultaneità dei contraenti, c.d. contratti *inter absentes,* cui consegue un'accentuazione della posizione di debolezza del consumatore, rispetto alla controparte, specie per quando riguarda il profilo informativo.

La *ratio* di fondo del d.lgs. 185/99 è da ravvisarsi nel fatto che a causa della distanza, il consumatore si trova nell'impossibilità di visionare il bene o il servizio offerto e di conoscere con sufficiente precisione le caratteristiche del bene e le qualità.

---

[95] Tale direttiva è stata recepita nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 50 del 1992. In tale decreto furono inclusi dal nostro legislatore oltre ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali - ai quali soltanto si riferisce la direttiva 85/577 - anche i contratti conclusi per corrispondenza (art. 1 lett. d d.lgs. 50/1992) nonché i contratti stipulati tramite il mezzo televisivo od altri mezzi audiovisivi, ed i contatti telematici, dunque tutte ipotesi di negozi conclusi attraverso l'impiego di tecniche di comunicazione a distanza. La disciplina del d.lgs. n. 50/1992 non è stata abrogata dal decreto legislativo sui contratti a distanza ma restava in vigore per le – poche - fattispecie di contrattazione a distanza che non si prestavano ad essere ricomprese nel campo di applicazione del d.lgs. 185/1999. Ai contratti ai distanza che rientravano nel campo di operatività del d.lgs. 185/1999 si applicavano le disposizioni di quest'ultimo di gran lunga più favorevoli per il consumatori rispetto al d.lgs. 50/1992.

I consumatori spesso non sono adeguatamente informati sui contenuti e sulle condizioni dell'affare**,** né prima ne dopo la conclusione dello stesso: perché le informazioni (spesso rese note prive di un adeguato e durevole supporto) che ricevono sono scarse ed incomplete e vengono trasmesse con tecniche di comunicazione che non ne consentono la conservazione.[96]

Tali tecniche, inoltre, si caratterizzano per la particolare aggressività,[97] in quanto capaci di raggiungere il consumatore nei luoghi di sua esclusiva pertinenza, quali il domicilio o la sede di lavoro,[98] dunque, determinando anche il pericolo di accettazioni affrettate ed inconsapevoli da parte del consumatore.

Ne consegue che i consumatori, nella negoziazione a distanza, molto spesso, sono fortemente limitati nella possibilità di maturare un consenso pieno e consapevole e dunque non risultano in grado né di valutare l'opportunità e la convenienza dei contratti che vengono a loro preposti, né di verificare la conformità dei beni e servizi che vengono loro forniti, rispetto alla previsioni prenegoziali e negoziali.

---

[96] Il considerando n. 13 della direttiva n. 97/7CE sui contratti a distanza, infatti, al fine di ovviare a questo pericolo ai danni del consumatore, ha posto l'obbligo per il professionista di fornire per iscritto al consumatore tutte le informazioni necessarie ai fini della buona esecuzione del contratto. Sul fornitore grava un duplice obbligo informativo nei confronti del consumatore. Gli articoli 3 e 4 del d.lgs. 185/99, impongono, di dare al consumatore tutta una serie di informazioni (clausole principali ed accessorie del regolamento negoziale, l'identità e l'indirizzo del fornitore, l'esistenza del diritto di recesso) prima della stipulazione del contatto e in più di dare conferma delle informazioni già fornite (nonché di fornirne di ulteriori) in uno scritto o in un altro documento durevole ("*purchè adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza"*) che deve essere messo a disposizione del consumatore entro e non oltre il "momento dell'esecuzione del contatto". L'obbligo di informazione garantito dall'art. 3 mira ad assicurare che il consumatore, prima della stipulazione del contratto,venga messo in condizione di valutare in modo appropriato l'opportunità e la convenienza del contratto che il fornitore gli offre, mentre il secondo obbligo d'informazione previsto dall'art. 4, mira a garantire che vengano messi a disposizione del consumatore tutti gli elementi di cui il consumatore necessita per potere assumere una decisione consapevole e ponderata al fine di concludere il contratto od, eventualmente, al fine di esercitare il diritto di recesso.

[97] G. CHINÈ, "*Il diritto comunitario dei contratti*"**,** in *Il diritto privato dell'Unione Europea, Trattato di diritto privato*, a cura di A. TIZZANO, diretto da M. BESSONE, XXVI, 2000, p. 623.

[98] Cfr. sul punto N. SCANNICCHIO*, "Il perfezionamento del contrattato",* in *Diritto privato europeo*, II, p. 567. L'autore efficacemente, in materia contrattazione a distanza, afferma che "*invece di essere il consumatore al andare al mercato è il mercato stesso ad andare dal consumatore"*

2. Gli elementi qualificanti la fattispecie sanzionata dall'art. 57 cod. cons. (precedente formulazione): *"mancanza di previa ordinazione"* e *"richiesta di pagamento"*.

L'art. 57, comma 1, cod. cons. vieta le pratiche, assai ricorrenti e che creano non poco imbarazzo ai consumatori, di sollecitazione attraverso fornitura diretta e non richiesta di beni o di servizi, cui corrisponda una richiesta di pagamento.

La nozione qui rilevante di fornitura di beni o servizi, trova applicazione nei casi in cui sia mancata in periodo antecedente alla fornitura del bene o alla messa a disposizione del servizio una "ordinazione" del consumatore.

Dunque restano vietate anche le forniture di beni servizi che facciano seguito, anticipandone ed ipotecandone gli esiti, ad una mera richiesta di informazione ad una trattativa, come pure le forniture di beni o sevizi del tutto diversi od ulteriori rispetto a quelli precedentemente ordinati.[99]

Il divieto espresso nell'art. 57 cod. cons., comma 1, infatti, trova il suo immediato riferimento normativo nell'art. 62 cod. cons. che ricollega alla violazione della suddetta norma una sanzione amministrativa pecuniaria.

Il significato dell'art. 57 cod. cons., va, dunque, inquadrato non come principio contrattuale positivo ma come limite negativo di rilevanza dell'illecito amministrativo.

Ne consegue, dunque, che i parametri interpretativi da utilizzare nell'analisi della fattispecie *de quo*, non devono essere solo desunti dalla teoria negoziale ma anche da criteri di matrice penal - amministrativa.[100]

---

[99] Cfr. *Considerando* 16 direttiva 97/7/CE *"la tecnica promozionale consistente nell'invio al consumatore di un prodotto o nella fornitura di un servizio a titolo oneroso senza richiesta preliminare accordo esplicito da parte sua non può essere accettata, sempre che non si tratti di una fornitura di sostituzione*".

[100] A. PUTIGNANI, "*art. 12. Sanzioni* ", *op. cit.,* Torino, 2001, p. 316. Nel caso in cui il professionista agisce sulla psiche del consumatore al fine di indurlo nel falso convincimento di credere che sia necessario pagare la fornitura non richiesta, sembra potersi configurare in capo al fornitore il reato di truffa, *ex* art. 640 c.p. Nel caso *de quo* costituirebbero gli elementi qualificanti di tale reato a: la condotta posta in essere dal professionista realizzata attraverso quei raggiri e/o artifizi tesi indurre in errore il consumatore ignaro, l'ingiusto profitto così realizzato dal

Stante il tenore letterale della norma in commento, non sembra che il divieto contenuto nel comma 1 trovi applicazione in caso di sollecitazioni a scopo meramente promozionale, purché assolutamente gratuite.

La fornitura non richiesta, infatti, è considerata illecita solo quando comporta una "richiesta di pagamento".

In dottrina,[101] si è sostenuto che la scelta terminologica operata dal legislatore non possa riferirsi esclusivamente alla richiesta di prestazioni corrispettive, ma comprenda anche la pretesa di rimborsi spese o contributi comunque denominati.

Peraltro, già il precedente art. 18, comma 2 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114, in materia di vendita per corrispondenza, televisione o altri sistemi di comunicazione, pur vietando l'invio di prodotti al consumatore, se non a seguito di una sua specifica richiesta, consentiva espressamente l'invio di campioni o di omaggi, purché « senza spese o vincoli per il consumatore»

Pure in assenza del richiamo di tale decreto legislativo che richiedeva per la liceità dell'invio di prodotti al consumatore una sua specifica richiesta, si può ritenere implicitamente richiamata la suddetta disciplina.

La fornitura di "per se" non richiesta, diviene amministrativamente illecita, solo se comporta una contro prestazione che possa intendersi come "pagamento", non strettamente innumerario.

Deve, pertanto, concludersi che anche la richiesta di rimborso di spese di invio o di spedizione, o di contributi comunque denominati possa includersi nella nozione di pagamento.

E' agevole constatare come, sia la norma in esame, sia il citato art. 18 d.lgs, 1147/1998, hanno ammesso in termini generalizzati l'introduzione del bene o del servizio nella sfera del destinatario come effetti di un'unilaterale e spontanea

---

professionista ed il danno cagionato ad consumatore.. Tale reato, però è perseguibile sono a querela di parte, quindi il consumatore potrà trovare tutela in ambito penalistico, solo se sia lui stesso ad attivarne la procedura.

[101] Cfr. sul punto A. PUTIGNANI, "*art. 9. Fornitura non richiesta",* in *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza,* a cura di ATELLI M., *op. cit*., p. 248.

iniziativa del mittente, con la sola eccezione del caso in cui si profili un pericolo per la libertà negoziale del ricevente comportante una *diminutio,* in termini strettamente patrimoniali, del consumatore.

3. Limite della disciplina: condotta vietata e condotta sanzionata. Non sanzionato l'invio di fornitura non richiesta, cui non segua richiesta di pagamento, in ogni caso *"sgradita"* dal consumatore.

Il divieto previsto dal primo comma dell'art. 57 cod. cons. non trova applicazione nel caso di sollecitazione meramente promozionale e gratuita, allorché essa non comporti richiesta di pagamento nel senso atecnico con cui viene utilizzata questa locuzione.

Resta infatti controverso, il regime applicabile nel caso in cui la fornitura, in ipotesi lecita dunque non vietata, perchè gratuita, risulti in concreto però non solo non richiesta ma anche non gradita dal consumatore.

Non è infatti chiaro nè facilmente comprensibile, al riguardo, perché, pur vietandosi la sollecitazione telefonica o l'uso-ingombro del fax per fini commerciali senza previo consenso del consumatore,[102] non sia stata presa in

---

102 Si fa riferimento all'art. 58 cod. cons. titolato *"Limiti all'impiego di talune tecniche di contrattazione a distanza"*. Tale disposizione, riproducendo senza alcuna modificazione il testo dell'art. 10 del d.lgs. del 22 maggio 1999,n. 185, prescrive, al primo comma, il preventivo consenso del consumatore rispetto alla trasmissione di comunicazioni commerciale tramite l'impiego, da parte del professionista, di specifiche tecniche di comunicazione a distanza particolarmente invadenti, quali l'impiego del telefono, della posta elettronica (tecniche non previste dalla direttiva comunitaria sulla contrattazione a distanza 97/7/CE, ma introdotte dal legislatore nazionale) e di sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore o di fax. cfr. sul punto P. SUPPA, "*art. 58. Limiti ad alcune tecniche di comunicazione a distanza*", in *Codice del consumo.* L*e fonti del diritto italiano,* a cura di V. CUFFARO coordinatori A. BARBA – A. BARENGHI, Milano, 2008, p. 307.

Questa norma opera una netta diversificazione di regime tra le tecniche di comunicazione a distanza previste dal comma 1 e quelle previste dal comma 2 art. 58 cod. cons. Infatti, in riferimento alla prime si pone un divieto al loro utilizzo, a meno che non sia stato prestato dall'interessato il consenso anticipatamente rispetto al momento in cui ha avuto inizio l'utilizzo di tali tecniche, pena l'applicazione di sanzioni. Inoltre in ipotesi di comunicazioni telefoniche, l'art. 5 cod. cons. comma 3, prevede espressamente che l'eventuale contratto che il consumatore dovesse stipulare risulterà sanzionato da nullità ove il professionista non indichi in modo esplicito ed inequivocabile la sua identità e lo scopo commerciale della telefonata, all'inizio della stessa.

Per le altre tecniche di comunicazioni a distanza, nell'ipotesi in cui consentano una comunicazione individuale si prevede che possano essere impiegate dal professionista soltanto nel caso il cui non si dichiari esplicitamente contrario. Si può quindi affermare che con riferimento alle tecniche di comunicazione a distanza, di cui al comma 1 si applica il meccanismo del c.d. *opt in,* cioè la regola del consenso preventivo del destinatario della comunicazione. Tale consenso a sua volta dovrà essere preceduto da un ulteriore consenso relativo al trattamento dei propri dati personali ai sensi del Codice della *privacy,* sul punto vedi *infra*, cap. IV. A tal riguardo alcuni autori escludono

considerazione dal legislatore, l'ipotesi in cui il consumatore non voglia non soltanto rispedire al fornitore ma neanche custodire presso di sè il bene o servizio

---

che in tale fattispecie, il consenso possa ritenersi espresso tacitamente, in quanto l'indisponibilità del "diritto alla tranquillità individuale" è stabilito dal rango primario che occupa il diritto in questione, per sua natura insuscettibile di definitiva dismissione da parte del consumatore, il quale potrà solo autorizzarne la temporanea compressione, cfr. sul punto V. CARBONE, "*Il consenso, anzi i consensi, nel trattamento informatico dei dati personali"*, in *Danno e resp*., 1998, p. 93; S. SIMONE, "*Art. 58. Limiti all'impiego di talune tecniche di comunicazioni a distanza",* op. cit., Napoli, 2005, p. 432- 434.

Per l'utilizzo delle tecniche di comunicazione a distanza, di cui al comma 2, si è inteso far riferimento alla tecnica del c.d. *opt out*, cioè ad una sorta di silenzio assenso del consumatore, il quale ricevuta una comunicazione commerciale si limita a non opporsi alla sua prosecuzione attraverso una dichiarazione di esplicita contrarietà, v. sul punto M. ATELLI, *"Art. 10. chiamate indesiderate",* in *Privacy e comunicazione,* Napoli, 2001, p. 267. Con riguardo all'onere probatorio di tale dichiarazione, si ritiene che ricada sul professionista, cfr. al riguardo G. DE MARZO, "*I contratti a distanza".,* Milano, 1999, p. 48; M. A. LIVI, *"L'attuazione della Direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza",* in *Contratto e impresa Europa*, 1998, p. 1100. Una parte della dottrina qualifica, invece, la mancata opposizione del consumatore in termini di consenso presunto, v. sul punto G. COMANDÈ,*"Vendite a distanza: regole comuni per l'Europa",* in *Guida al dir.,* 1999, fasc. 28, p. 27 ss.

Ne consegue, dunque, un quadro composito, in cui la regola del silenzio assenso è destinata a spiegarsi in un numero modesto di casi (soprattutto considerando che sono esclusi dall'ambito di tale norma gli stampati con o senza indirizzo), in quanto negli altri casi si applica la regola del silenzio rifiuto. Tale disposizioni è stata, infatti, fortemente criticata da parte della dottrina che ha ritenuto "paradossale" che il legislatore abbia riconosciuto protezione al consumatore solo riguardo ai mezzi di comunicazione di natura individuale, si cfr. sul punto M. ATELLI,*"Dal diritto ad essere lasciati soli al diritto ad essere lasciati in pace"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 623 ss.

Desta, inoltre, qualche incertezza l'espressione, utilizzata del legislatore, "tecniche di comunicazione a distanza che consentono una comunicazione individuale". Pur volendo, infatti, intenderla come comunicazione personalizzata, resta aperto il problema della necessità o meno che la comunicazione sia formalmente indirizzata ad un certo soggetto, identificato come destinatario esclusivo del messaggio, o che anche il suo contenuto appaia riferito a quello specifico destinatario, v. al riguardo P. SUPPA, *op. cit.,* Milano, 2008, p. 308. Accogliendo la prima soluzione, come appare preferibile, ricadrebbero nell'ambito applicativo del secondo comma dell'art. 58 cod. cons., anche gli stampati con indirizzo, con conseguente applicazione – in ipotesi di invio di uno stampato con indirizzo ad un consumatore che abbia precedentemente manifestato il proprio dissenso al riguardo – delle sanzioni amministrative di cui all'art. 62 cod. cons.

Riguardo l'ambito oggettivo di applicazione della disposizione in esame, si ritiene che l'art. 58 cod. cons. troverebbe applicazione solo nei casi in cui il ricorso alle tecniche di comunicazione ivi indicate, riguardi il primo contatto con il consumatore sino all'eventuale conclusione di un contratto, al contrario se ne esclude l'applicabilità ove l'impiego di tali tecniche sia diretto esclusivamente alla conclusione di una vicenda già avviata e condotta attraverso altri mezzi, si cfr. sul punto G. DE CRISTOFARO, *"Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore",* in *Studium iuris*, 1999, p. 1202. Tale impostazione non è condivisa da chi ritiene preminente la finalità di tutela della tranquillità del consumatore dall'invadenza delle tecniche di comunicazione richiamate dalla norma, al di là, dunque, del fine cui tende il professionista attraverso l'utilizzo di tali tecniche di comunicazione commerciale, si cfr. in merito A. FRATERNALE,*"I contratti a distanza",* Milano, 2002.

fornito, o che addirittura, non intenda mantenere la disponibilità di un certo servizio.

Si pensi, per esempio, all'attivazione automatica e gratuita di una connessione *internet* nei riguardi di una famiglia i cui genitori non vogliono mettere a disposizione dei figli un accesso domestico a potenziale materiale diseducativo, o al bombardamento con sequenze di *news* in formato *sms* di un'utenza cellulare, con i relativi problemi di congestione del traffico telefonico e i problemi di comunicazione per l'utente che ciò comporta.

E' infatti criticabile la scelta compiuta del legislatore comunitario e ricalcata da quello nazionale, di disciplinare in maniera diverse le fattispecie descritte negli art. 57 e 58 cod. cons, che invece, potrebbero ricevere una lettura ispirata ad una medesima *ratio.*

La disposizione contenuta nell'art. 58 cod. cons., infatti, in quanto fedele riproduzione dell'art. 10 della direttiva 97/7/CE , va letta alla luce dei principi sanciti dagli artt. 8 e 10 della Convezione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale direttiva richiama tali principi ed infatti, prescrive nel *considerando* 17 la necessità di "riconoscere al consumatore un diritto alla protezione della vita privata, segnatamente per quanto concerne la tranquillità rispetto a talune tecniche di comunicazione particolarmente invadenti".

La direttiva inoltre si propone anche di *"precisare limiti specifici all'impiego di tali tecniche".* Inoltre è previsto l'obbligo per gli stati membri di adottare opportune misure per proteggere efficacemente da siffatti contratti i consumatori "che hanno dichiarato espressamente di non volere essere contattati tramite determinate tecniche di comunicazione", fermo restando la tutela specifica prevista per i consumatori dalla legislazione – comunitaria e nazionale - relativa alla protezione dei dati personali e della vita privata.

Scopo infatti, di tale disposizione e quello di tutelare la "tranquillità" della vita privata del consumatore, difendendolo da quelle comunicazioni che lo

raggiungano nei luoghi di sua esclusiva pertinenza, prevedendo a suo vantaggio una sorta di "diritto di veto".[103]

La stessa tutela della "tranquillità alla vita privata", meriterebbe il consumatore in ipotesi di invio di fornitura - *nei luoghi di sua esclusiva pertinenza* - di beni e/o servizi non richiesti.

Il legislatore, invece si è preoccupato di proteggere in maniera più incisiva il consumatore dall'effetto di indesiderate sollecitazioni originate da iniziative di contatto, ai fini essenzialmente propagandistico e/o commerciale, ricollegando la legittimità della condotta del professionista al consenso autorzzatorio del consumatore.

IL legislatore comunitario sanziona il professionista solo se all'invio di servizi o beni non richiesti si aggiunge la richiesta di pagamento, comminando, *ex* art. 62 cod. cons., una sanzione pecuniaria con funzione deterrente. [104]

---

[103] L'espressione è di G. CHINÈ, *"Il diritto comunitario dei contratti"*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, I, a cura di A. TIZZANO, *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, XXVI, 2000, p. 626.

[104] La sanzione applicabile al ricorrere nelle fattispecie richiamate dall'art. 62 cod. cons. è da inquadrare tra quelle amministrative pecuniarie. La funzione propria di tale tipologia di sanzione è quella di deterrente, rispetto al momento della sua previsione in sede legislativa, mentre è da considerarsi di rimedio di tipo repressivo, rispetto al momento della sua concreta applicazione. Il pagamento di un somma di denaro, infatti, non è in grado di ricostruire lo *status quo ante* rispetto al verificarsi dell'illecito, cfr. sul punto C. CORRERA, "*La difesa del consumatore dalle frodi in commercio"*, Milano, 2002. Per il *quantum* della sanzione applicabile l'art. 62 cod. cons. prevede un limite edittale modulabile da un minimo di 516 euro ad un massimo 516 euro, coincidenti previa conversione da lire in euro, con quelli delle sanzioni previste dal d.lgs. 15 gennaio 1992 n. 50 e al d.lgs 22 maggio 1999, n. 185. Tali limiti sono raddoppiati in caso di particolare gravità della violazione o di recidiva. Il raddoppio della sanzione, stante il tenore della disposizione in oggetto non è rimesso al libero apprezzamento della Autorità preposta all'applicazione della sanzione, la quale è invece tenuta doverosamente ad incrementare detto importo al solo verificarsi di uno dei due presupposti indicati. Invero, una certa discrezionalità si riscontra in ordine alla valutazione di uno dei due presupposti, ossia quello della particolare gravità dell'illecito. La nozione di recidiva ex art. 62 cod. cons. diverge da quella dettata dalla disciplina generale delle sanzioni amministrative, nonostante l'espresso rinvio alle previsioni di cui alla l. 24 novembre 1981, n. 689. L' articolo 8 *bis* stessa legge, statuisce che la recidiva non si realizza qualora nei cinque anni successivi dalla commissione di un illecito amministrativo, accertato con provvedimento esecutivo, lo stesso soggetto commetta un illecito dello stesso tipo. L'art. 62 cod. cons. invece, il tempo nel quale svolgere siffatto riscontro è ridotto ad un solo anno, cosi che si attenua di molto per il professionista il rischio di incorrere nell'applicazione di una sanzione raddoppiata nell'ammontare. A controbilanciare tale mitigazione, la disciplina della recidiva prevista dall'art. 62 cod. cons. pone un ulteriore modifica all'art. 8 *bis*, l. 24 novembre 1981, n. 689. Ai sensi dell'art. 62 cod. cons. si ha reiterazione della condotta illecita, qualora entro un anno

Ci si è chiesti[105] se il regime sanzionatorio così predisposto dall'art. 62 cod. cons. potesse realmente a garantire quell'efficacia dissuasiva cui mira la stesso la disposizione in esame. La prospettiva in merito presente alcune ombre dovute in primo luogo dall'esiguità del *quantum* previsto soprattutto rapportata ai soggetti fornitori o venditori di medio o grandi dimensioni.

Questi ultimi, infatti, potrebbero essere indotti sulla base di un premeditato calcolo costi/ benefici, a considerare accettabile e sostenibile economicamente il rischio di incorrere in sanzioni.

Una soluzione forse si avrebbe potuto essere individuata prevedendo, nella determinazione in concreto della sanzione, l'applicazione di un coefficiente che tenesse conto della capacità patrimoniale dell'autore dell'illecito.[106]

Scopo della normativa di recepimento comunitario è solo quello di evitare che il consumatore/utente sia indotto al pagamento di beni o servizi non desiderati o non richiesti, mai ricevuti.

---

dalla prima, si commetta una nuova violazione della stessa natura, ancorché la prima sia stata pagata in misura ridotta, cioè sia stata oblata, *ex* art. 16 l. 24 novembre 1981, n. 689 , "*è ammesso il pagamento di una somma in misura ridotta pari alla terza parte del massimo della sanzione prevista per la violazione commessa o se più favorevole, e qualora sia stabilito, il minimo della sanzione edittale pari al doppio del relativo importo oltre alle spese del procedimento entro il termine di 60 giorni"*. L'art. 8 *bis*, comma 5 stessa legge, invece, prevede che non si ha recidiva qualora la sanzione sia stata oblata. Il richiamo fatto dall'art. 62 cod. cons. alla legge sulle sanzioni amministrative consente di precisare quali siano gli elementi che devono ricorrere affinché risulti integrato l'illecito amministrativo. Ai sensi dell'art. 3 della suddetta legge la condotta dell'agente, oltre che cosciente e volontaria, deve potersi qualificare come colpevole, poiché intanto vi è un illecito in quanto vi sia una condotta dolosa o colposa, salvo che non si versi in ipotesi di errore su fatto incolpevole L'art. 62 cod. cons. individua le Autorità competenti ad emettere l'ordinanza ingiunzione di pagamento, nelle Camere di commercio industria artigianato e agricoltura della provincia in cui il professionista soggetto agente ha la propria sede legale o la residenza. Tale competenza viene derogata in due casi. La prima deroga, espressamente disposta dall'ultimo comma dell'art. 62, cod. cons., prevede che nelle ipotesi in cui sia stato violato l'art. 58 cod. cons., la competenza spetta al Garante per la protezione dei dati personali. La seconda deroga trae origine dal quel rinvio generale operato in favore della l. 24 novembre 1981, n. 689, la quale all'art. 24 disciplina l'ipotesi in cui la condotta del professionista integri gli estremi di un reato,

[105] Appaiono pienamente condivisibili le perplessità sollevate da A. SARANDREA, *Art. 62. Sanzioni,* in *Codice del consumo.* L*e fonti del diritto italiano,* a cura di V. CUFFARO, coordinatori A. BARBA – A. BARENGHI, Milano, 2006, p 258.

[106] L'esiguità del *quantum* della sanzione si accentua considerando la possibilità per il professionista, di rincorrere al pagamento in misura ridotta, per espresso rinviodell'art. 62 cod. cons. all'art. 16 l. 24 novembre 1981, n. 689.

E' punita l'induzione all'acquisto, non l'invio di fornitura sgradita non richiesta.

Il problema si pone se la fornitura non richiesta gratuita, sia anche sgradita al consumatore.

Dovrebbe essere prevista una sanzione nei confronti del professionista anche per tale fattispecie in quanto è recato, in ogni caso, un danno al consumatore seppure non in termini strettamente patrimoniali.

Scopo della normativa di recepimento comunitario è solo quello di sanzionare l'induzione all'acquisto (l'induzione a qualsiasi tipo di prestazione) mediante servizio non richiesto, al di la se è gradito o meno.

Non è sanzionato l'invio di fornitura sgradita non richiesta per il potenziale danno che potrebbe seguire da dall'invio di fornitura o beni sgraditi.

La critica che può muoversi al legislatore rispetto alla previsione contenuta nell'art. 57 cod. cons. è che avrebbe potuto prevedere l'obbligo di prestare il consenso da parte del consumatore anche per l'invio di fornitura anche gratuita così che sarebbe stato possibile sanzionare l'imprenditore anche per il danno che può potenzialmente derivarne al consumatore e non solo per il fatto che l'abbia indotto a pagare la prestazione, nonostante rappresenti una pratica commerciale che sicuramente è più riprovevole.

La *ratio* della normativa comunitaria è ristretta, il legislatore sarebbe potuto andare oltre quella che risulta essere l'odierna disposizione e prevedere non solo la sanzione del professionista per la violazione del divieto di fornitura non richiesta onerosa ed invia implicita sgradita, ma anche per la fornitura non richiesta gratuita ma in ogni caso sgradita.[107]

[107] Sul piano processual - civilistico è, in ogni caso, apprestata tutela al consumatore, come si dirà all'interno del cap. IV, sia se alla fornitura del servizio non richiesto segua la richiesta di pagamento sia se sia gratuito. Il consumatore, in sede processuale, puotrà chiedere l'eventuale risarcimento del danno esistenziale, sul punto si rinvia a quanto si dirà all'interno del cap. IV.

4. La fornitura non richiesta come pratica commerciale scorretta: possibilità di ampliamento della fattispecie sanzionata anche per la fornitura non richiesta a titolo gratuito.

La tutela del consumatore vittima della pratica commerciale consistente nell'invio di una fornitura non richiesta ha trovato di recente un importante riconoscimento sul piano normativo.

La fornitura non richiesta, disciplinata nel codice del consumo solo all'interno dall'art. 57 cod. cons. è stata oggetto di attenzione dal parte del legislatore comunitariio. Tale pratica infatti, in particolare particolare Direttiva 2005/29 CE 11 maggio 2005, relativa *alle "pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno".*[108]

---

[108] la direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio Europeo dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea dell'11 giugno 2005 n. L 149, Tale direttiva, sul piano normativo, modifica la direttiva 84/450/CEE[108] del Consiglio e le Direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il Regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio (direttiva sulle pratiche commerciali sleali). è entrata in vigore dal 12 giugno 2005 ed è stata recepita, all'interno degli Stati membri, entro il 12 giugno 2007. Lo scopo che, si propone tale direttiva quadro, in primo luogo, è quello di realizzare un'armonizzazione, della normativa a tutela del consumatore, all'interno di tutti gli Stati Membri, colmando le lacune delle legislazioni nazionali e chiarendo alcuni concetti giuridici necessari, al fine di determinare, così, un livello adeguato di certezza del diritto (art. 1). La direttiva, dunque, non ha per oggetto la tutela del professionista danneggiato o potenzialmente danneggiato, dalle pratiche commerciali sleali poste in essere dalle imprese concorrenti. I professionisti devono rispettare esclusivamente la legislazione vigente nello Stato membro di stabilimento, c.d. clausola del "mercato interno" (art. 4).
Se, dunque, la normativa di uno Stato membro prevede norme più dettagliate e più incisive in relazione ad una determinata pratica commerciale, tale Stato potrà impedire, ai professionisti stabiliti nel suo territorio, di esercitare tale pratica commerciale, ma non potrà impedire, di esercitarla, ai professionisti che si siano, eventualmente, stabiliti in altri Stati dell'Unione Europea, dove tale pratica non sia interdetta.
Sempre rispettando l'obiettivo primario della direttiva, cioè realizzare un elevato livello di protezione dei consumatori, la *ratio* sottesa alla c.d. clausola del "mercato interno", è quella di garantire un buon e dinamico funzionamento del mercato, non comportando oneri eccessivi per le imprese che intendono commercializzare in un contesto di mercato unico europeo.

La direttiva, in secondo luogo, si propone di disciplinare "l'atto del consumo nel suo aspetto dinamico"[109], cioè disciplinare quella fase in cui, il professionista si mette in contatto con il consumatore, al fine di sollecitare il suo interesse alla conclusione di una data scelta economica.

"L'atto del consumo nel suo aspetto dinamico", è inteso come operazione economica che coinvolge un soggetto che opera nell'ambito della propria sfera professionale e che, raggiunga con determinate comunicazioni, informazioni, messaggi (pubblicitari)[110] un altro soggetto che, agendo al di fuori della sua attività, non conosce (o conosce ben poco) le caratteristiche del bene o servizio che gli viene offerto e che dunque, per questa ragione, può cadere vittima di scelte poco vantaggiose, in quanto incidono sui propri interessi economici[111].

Il legislatore comunitario, ha inteso regolamentare qualsiasi tecnica commerciale, finalizzata a promuovere la vendita di beni o servizi, praticata

---

[109] P. BARTOLOMUCCI, *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali: note a prima lettura,* in *Contratti*, n. 10/2005, p.954.

[110] F. RAMPONE, *La pubblicità commerciale tra libertà di manifestazione del pensiero e libertà di iniziativa economica*, in *Giust. civ*., 2000, I, p. 31 ss.; la pubblicità costituisce strumento indispensabile, attraverso cui, l'operatore commerciale, da un lato, informa i possibili interessati, circa la presenza propria e dei propri prodotti, potendo, così, rendersi "visibile" sul mercato ed entrare effettivamente in concorrenza con gli altri operatori; dall'altro, attraverso la pubblicità, ciascun imprenditore persegue una strategia informativa tendente a differenziare il proprio prodotto, così da conseguire un vantaggio competitivo sul mercato. La pubblicità per il contenuto informativo di cui si sostanzia, assolve una funzione incisiva nel guidare le scelte economiche dei consumatori, le quali dovrebbero, appunto discendere dalla comparazione dei diversi "messaggi informativi", esistenti sul mercato; P. MASCIOCCHI, *Concorrenza sleale e pubblicità ingannevole*, Roma, 2000, p.189 ss. Vedi anche G. ALPA*, Il diritto dei consumatori,* Roma- Bari, 2002, p.113 ss.; nella prassi commerciale moderna, gli operatori commerciali, al fine di orientare le scelte dei consumatori a loro vantaggio, sovente, fanno un uso distorto dello strumento pubblicitario, c.d. fenomeno della pubblicità ingannevole, attraverso dichiarazioni o rappresentazioni che si sostanziano in ammissioni, ambiguità, esagerazioni iperboliche, riguardanti le caratteristiche e gli effetti dei prodotti, del prezzo, delle condizioni di vendita e l'identità delle persone rappresentate, tali da indurre in errore il consumatore.
Il c.d. fenomeno della pubblicità ingannevole, ha fatto si che la pubblicità da strumento diretto ad incentivare la concorrenza e promuovere la competizione, si sia trasformato, oramai, in uno strumento capace di generare gravi distorsioni al corretto funzionamento del mercato.

[111] Nei *Consideranda* n° 7 si specifica, infatti, che le pratiche commerciali sleali oggetto della direttiva, sono, esclusivamente, quelle che ledono o potenzialmente possano ledere, gli interessi economici dei consumatori.

anteriormente o posteriormente, ad una operazione economica-commerciale (art. 3 punto 1)[112].

La Direttiva, all'art. 5, definisce quando una pratica commerciale è da considerarsi sleale: *"ogni pratica commerciale che è contraria alla diligenza professionale e altera o è idonea ad alterare, in misura rilevante, il comportamento economico in relazione al prodotto del consumatore medio, che raggiunge o al quale è diretta, o del membro medio di un gruppo, qualora la pratica commerciale di diriga specificamente ad un determinato gruppo di consumatori"*.[113]

La definizione di slealtà deve, dunque, constare di tre condizioni imprescindibili, senza una delle quali non si configurerà il requisito di slealtà.

Una pratica commerciale è da considerarsi sleale e quindi vietata se 1) sia contraria alla diligenza professionale, 2) falsi o sia idonea a falsare il

---

[112] qualsiasi tipo di comunicazione commerciale, tra cui anche il marketing aziendale e le campagne pubblicitarie, purchè siano direttamente connessi alla promozione, vendita e fornitura di un bene o servizio, nei confronti dei consumatori.

[113] Per quanto riguarda l'ambito soggettivo di applicazione, nella Direttiva non si rivengono sostanziali novità in merito alla nozione di professionista e di consumatore.
Riguardo la nozione di professionista, può rilevarsi solo che la Direttiva non effettua alcuna distinzione sostanziale tra la figura del venditore, fornitore da un lato e la figura del professionista dall'altro. La Direttiva non pone l'interesse sulla differente natura o tipo di attività commerciale esercitata rispettivamente dal venditore e/o fornitore e professionista.
Queste tre figure, infatti, rilevano, rispetto all'obiettivo che tale normativa intende realizzare, esclusivamente per il fatto di esercitare una qualsiasi attività commerciale che sia potenzialmente idonea a determinare scelte economiche sbagliate per il consumatore,
Riguardo la nozione di consumatore, è interessante notare l'introduzione, per la prima volta a livello normativo, della nozione di "consumatore medio" quale "consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto".
La definizione di consumatore medio, in relazione ad una pratica commerciale che si rivolga o raggiunga la maggior parte dei consumatori, risponde ad un principio di proporzionalità, nel senso che è utilizzato quale criterio più oggettivo circa la valutazione di slealtà di una determinata pratica commerciale. La previsione di un criterio generale di riferimento, quale quello del consumatore medio, sarà utile ad orientare, in maniera uniforme, le decisioni delle Corti nazionali circa il giudizio di slealtà di una pratica commerciale sleale, riducendo la possibilità di valutazioni e decisioni divergenti all'interno dell'UE.
Effettuare un giudizio circa la slealtà di una pratica commerciale sleale, solo sulla base di un criterio esclusivamente oggettivo quale quello del consumatore medio, potrebbe, in alcuni casi, risulterà limitativo.

comportamento economico del consumatore medio, 3) che lo falsi in misura rilevante.

La normativa, chiarisce, sempre attraverso una clausola generale, cosa debba intendersi per diligenza professionale (art. 2 lett.h), cioè *"la misura della speciale competenza e attenzione esercitate da un professionista, nel suo settore di mercato interno, conformemente ai requisiti della comune pratica di mercato nei confronti dei consumatori"*.

La clausola generale di slealtà relativa alla pratiche commerciali, rappresenta una norma di chiusura a carattere residuale.

Tale clausola generale, serve a determinare se una pratica possa o meno considerarsi sleale (quindi rientrare o meno nell'ambito di applicazione della direttiva), solamente se tale pratica commerciale non rientra nel novero delle pratiche commerciali ingannevoli o aggressive oppure di pratiche commerciali considerate, *ipso iure,* sleali. Il legislatore comunitario, infatti definisce delle ipotesi specifiche di comportamenti tenuti dal professionista, che in ogni caso, devono ritenersi sleali e quindi vietati.

La pratica commerciale consistente nell'esigere il pagamento dei prodotti che l'imprenditore ha fornito ma che il consumatore non ha richiesto è stata condisderata come per la forte induzione induzione all'aquisto che determina sul consumatore come pratiche commerciali aggressive in ogni caso sleali.[114]

E' considerata aggressiva una pratica commerciale che mediante molestie, coercizioni, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, limiti o sia idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta del consumatore medio e pertanto lo induca o sia idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso.[115]

---

[114] lista nera - *black list (*allegato 1 della direttiva), "pratiche commerciali aggressive in ogni caso sleali" n. 7 *"esigere il pagamento dei prodotti che l'imprenditore ha fornito ma che il consumatore non ha richiesto* (fornitura non richiesta)"

[115] E' considerata, ad esempio, aggressiva, una pratica commerciale che si realizzi attraverso persistenti e non volute, visite presso l'abitazione del consumatore, oppure che si realizzi attraverso ripetute e sgradite sollecitazioni commerciali, effettuate via telefono, fax, posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza.

Gli elementi, dunque, che determinano la qualificazione di una pratica come aggressiva sono tre: molestie, coercizione ed indebito condizionamento.

La Direttiva chiarisce, all'art. 2 lett. l., che per indebito condizionamento debba intendersi "lo sfruttamento di una posizione di potere al fine di esercitare una pressione, senza il ricorso della forza fisica, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione informata".

L'indebito condizionamento deve essere valutato solo nei rapporti commerciali tra l'impresa e il consumatore, che ha quale diretta ed immediata conseguenza lo sfruttamento di una posizione di potere tale da ridurre la capacità, del consumatore, di prendere decisioni economiche consapevoli.

Lo sfruttamento della posizione dominante da parte del professionista, non è coincidente con quello relativo all'asimmetria informativa, in quanto quest' ultima è più strettamente legata alla fase contrattuale del rapporto consumatore-professionista.

Lo sfruttamento della posizione dominante, disciplinato dalla Direttiva, riguarda la fase precedente a quella contrattuale, cioè riguarda quella fase attinente alla comunicazione commerciale, che più avvenire con mezzi più semplici o tramite campagne pubblicitarie, marketing aziendale, etc.

La Direttiva, poi, descrive le modalità attraverso le quali una pratica commerciale, realizzi molestie, costrizioni e/o indebito condizionamento: "lo sfruttamento da parte del professionista di un qualsiasi evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione economica del consumatore, al fine di influenzare la decisione relativa al prodotto" (art. 9 lett.c); "*qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista, al un consumatore ,compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro*

Tali pratiche commerciali non possono considerarsi aggressive, se non comportino in via diretta ed immediata, la limitazione considerevole, anche se solo potenziale, della libertà di scelta del consumatore e di conseguenza il compimento di una scelta economica che altrimenti non avrebbe fatto.

professionista" (art. 9 lett. d); "*qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione non sia giuridicamente ammessa"* (art. 9 lett. e).

Nel determinare il carattere aggressivo di una determinata pratica commerciale è, inoltre, necessario valutare, rispetto al singolo caso concreto, il luogo, il tempo e il persistere di una molestia, coercizione od indebito condizionamento. [116]

Il Decreto Legislativo 02/08/2007, n. 146 in attuazione della direttiva 2005/29/CE, ha modicato il codice del consumo per inserire al suo interno la diretiva sulle pratiche commerciali sleali.

L'articolo 57 del codice del consumo nella nuova formulazione dispone che *"Il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta.*

In ogni caso l'assenza di risposta non implica consenso del consumatore. Salve le sanzioni previste dall'articolo 62, ogni fornitura non richiesta di cui al presente articolo costituisce pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 21 (azioni ingannevoli), 22 (omissioni ingannevoli), 23 (in ogni caso ingannevoli), 24 (aggressive), 25 (Ricorso a molestie coercizione o indebito condizionamento, 26 (Pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive)".[117]

Dunque alla luce della nuova formulazione dell'art. 57 cod. cons, la fattispecie in esame assume una connotazione molto piu ampia.[118]

---

[116] La valutazione circa la misura di tale limitazione, che deve essere considerevole, e circa l'idoneità di una pratica commerciale aggressiva di indurre a compiere scelte che altrimenti non si sarebbero compiute, va effettuata il relazione alle circostanze ed alle caratteristiche del caso concreto.

[117] art. 26 (inserito dallo stesso decreto nel Codice del consumo) titolato delle pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive, lettera f) *"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, salvo quanto previsto dall'articolo 54, comma 2, secondo periodo".*

[118] L'art. 67 quinques decies "Servizi non richiesti stabilisce richiama il medesimo dispoto normativo dell'art. 57 in relazione alle contratazioni a distanza che riguardano i servizi finanziari. Infatti il d.lgs. 23 ottobre 2007 n. 221 ha novelleto il codice del consumo inserendo un'itera sezione dall'art. 67 *bis* all'art. *vices bis* dedicata alla "Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori"

La fornitura non richiesta che si realizza attraverso un comportamento del professionista che integra un'azione od omissione ingannevole od in un'azione aggressiva, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, un coportamento ricompreso nel novero delle pratica considerara in ogni caso ingannevoli od aggressive, costituisce pratica commerciale sleale se è idonea ad indurre in errore il consumatore su una sceltà di tipo commerciale.[119]

---

[119] Art. 27 *Tutela amministrativa e giurisdizionale* 1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, di seguito denominata "Autorità", esercita le attribuzioni disciplinate dal presente articolo anche quale autorità competente per l'applicazione del regolamento 2006/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori, nei limiti delle disposizioni di legge. 2. L'Autorità, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, inibisce la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e ne elimina gli effetti. A tale fine, l'Autorità si avvale dei poteri investigativi ed esecutivi di cui al citato regolamento 2006/2004/CE anche in relazione alle infrazioni non transfrontaliere. Per lo svolgimento dei compiti di cui al comma 1 l'Autorità può avvalersi della Guardia di finanza che agisce con i poteri ad essa attribuiti per l'accertamento dell'imposta sul valore aggiunto e dell'imposta sui redditi. L'intervento dell'Autorità e' indipendente dalla circostanza che i consumatori interessati si trovino nel territorio dello Stato membro in cui e' stabilito il professionista o in un altro Stato membro.3. L'Autorità può disporre, con provvedimento motivato, la sospensione provvisoria delle pratiche commerciali scorrette, laddove sussiste particolare urgenza. In ogni caso, comunica l'apertura dell'istruttoria al professionista e, se il committente non e' conosciuto, può richiedere al proprietario del mezzo che ha diffuso la pratica commerciale ogni informazione idonea ad identificarlo. L'Autorità può, altresì, richiedere a imprese, enti o persone che ne siano in possesso le informazioni ed i documenti rilevanti al fine dell'accertamento dell'infrazione. Si applicano le disposizioni previste dall'articolo 14, commi 2, 3 e 4, della legge 10 ottobre 1990, n. 287.4. In caso di inottemperanza, senza giustificato motivo, a quanto disposto dall'Autorità ai sensi dell'articolo 14, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 2.000,00 euro a 20.000,00 euro. Qualora le informazioni o la documentazione fornite non siano veritiere, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 4.000,00 euro a 40.000,00 euro5. L'Autorità può disporre che il professionista fornisca prove sull'esattezza dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale se, tenuto conto dei diritti o degli interessi legittimi del professionista e di qualsiasi altra parte nel procedimento, tale esigenza risulti giustificata, date le circostanze del caso specifico. Se tale prova e' omessa o viene ritenuta insufficiente, i dati di fatto sono considerati inesatti. Incombe, in ogni caso, al professionista l'onere di provare, con allegazioni fattuali, che egli non poteva ragionevolmente prevedere l'impatto della pratica commerciale sui consumatori, ai sensi dell'articolo 20, comma 3.6. Quando la pratica commerciale e' stata o deve essere diffusa attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva o altro mezzo di telecomunicazione, l'Autorità, prima di provvedere, richiede il parere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. 7. Ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale, l'Autorità può ottenere dal professionista responsabile l'assunzione dell'impegno di porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità. L'Autorità può disporre la pubblicazione della dichiarazione dell'impegno in questione a cura e spese del professionista. In

tali ipotesi, l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per il professionista e definire il procedimento senza procedere all'accertamento dell'infrazione. 8. L'Autorità, se ritiene la pratica commerciale scorretta, vieta la diffusione, qualora non ancora portata a conoscenza del pubblico, o la continuazione, qualora la pratica sia già iniziata. Con il medesimo provvedimento può essere disposta, a cura e spese del professionista, la pubblicazione della delibera, anche per estratto, ovvero di un'apposita dichiarazione rettificativa, in modo da impedire che le pratiche commerciali scorrette continuino a produrre effetti. 9. Con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000,00 euro a 500.000,00 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione. Nel caso di pratiche commerciali scorrette ai sensi dell'articolo 21, commi 3 e 4, la sanzione non può essere inferiore a 50.000,00 euro. 10. Nei casi riguardanti comunicazioni commerciali inserite sulle confezioni di prodotti, l'Autorità, nell'adottare i provvedimenti indicati nei commi 3 e 8, assegna per la loro esecuzione un termine che tenga conto dei tempi tecnici necessari per l'adeguamento. 11. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con proprio regolamento, disciplina la procedura istruttoria, in modo da garantire il contraddittorio, la piena cognizione degli atti e la verbalizzazione 12. In caso di inottemperanza ai provvedimenti d'urgenza e a quelli inibitori o di rimozione degli effetti di cui ai commi 3, 8 e 10 ed in caso di mancato rispetto degli impegni assunti ai sensi del comma 7, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa per un periodo non superiore a trenta giorni. 13. I ricorsi avverso le decisioni adottate dall'Autorità sono soggetti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alle violazioni del presente decreto si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezione I, e negli articoli 26, 27, 28 e 29 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni. Il pagamento delle sanzioni amministrative di cui al presente articolo deve essere effettuato entro trenta giorni dalla notifica del provvedimento dell'Autorità. 14. Ove la pratica commerciale sia stata assentita con provvedimento amministrativo, preordinato anche alla verifica del carattere non scorretto della stessa, la tutela dei soggetti e delle organizzazioni che vi abbiano interesse, e' esperibile in via giurisdizionale con ricorso al giudice amministrativo avverso il predetto provvedimento. 15. E' comunque fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale, a norma dell'articolo 2598 del codice civile, nonche', per quanto concerne la pubblicità comparativa, in materia di atti compiuti in violazione della disciplina sul diritto d'autore protetto dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, e dei marchi d'impresa protetto a norma del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, e successive modificazioni, nonche' delle denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti.».

5. Gli obblighi gravanti sul consumatore che abbia ricevuto un bene e/o servizio non richiesto. Gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza: utilizzazione del bene, obbligo di custodia e di restituzione.

Nel disciplinare la fattispecie prevista dall'art 57 cod. cons.,"fornitura non richiesta", il legislatore non ha affrontato il problema relativo al se il consumatore sia titolare di poteri od eventualmente a quali obblighi sia tenuto, in relazione al bene o al servizio ricevuto, in particolare, riguardo all'utilizzazione del bene e/o servizi, all'obbligo di custodia e di restituzione.

Si osserva che lo stesso problema si pone per il caso in cui il bene sia fonte di danno per il ricevente o comporti oneri ai fini della conservazione della sua integrità.

Non si comprende come si potrebbe giustificare l'esistenza di obblighi custodia e detenzione, che hanno dei costi che non sembra legittimo addossare al consumatore e che alla stregua della normativa, seppure integrata dai principi codicistici, non si vede come si potrebbero compensare integralmente.

Le questioni sollevate dagli interpreti[120] sono soprattutto relative al se nel comportamento del consumatore che faccia uso del bene o fruisca del servizio, o consumi il bene, o addirittura lo alieni a terzi, debba ravvisarsi una manifestazione tacita della volontà di accettare la proposta del fornitore oppure una forma di arricchimento senza giusta causa.

Ci si è chiesto da parte di taluna dottrina,[121] se tali atti compiuti dal consumatori siano o meno da considerarsi leciti.

L'art. 57 cod. cons., stabilisce che il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta, tuttavia, sussistono

---

[120] Sul punto si richiama *ex multis*, A. FRATERNALE, op. cit., Milano, 2002; G. DE MARZO, op. cit., p. 45; G. CASSANO, "*Commercio elettronico e tutela del consumatore"*, Milano, 2003, p. 69; A. PUTIGANI, "*sub. art. 9"*, op. cit., p. 251.

[121] M. ATELLI., "*Dal diritto ad essere lasciati soli al diritto ad essere lasciati in pace"*, in *Riv. crit. dir. priv.,* 1997, p. 615 ss.

rilevanti divergenze interpretative sul significato ed ampiezza da attribuirsi alla nozione di "prestazione corrispettiva". .
Secondo una parte della dottrina[122] non potendosi identificare la "prestazione corrispettiva" con l'obbligazione di pagamento del prezzo, attesa l'assenza di un qualunque obbligo di pagamento per il consumatore già disposta dal comma I della norma *de quo,* deve ritenersi che il legislatore, abbia inteso, altresì, escludere la sussistenza di qualunque obbligo di restituzione o custodia a carico del consumatore.

Vengono, infatti, sollevate obiezioni da gran parte della dottrina riguardo all'attribuzione al consumatore di obblighi di custodia, contestandosi la possibilità di gravare il soggetto che subisce l'iniziativa del professionista di incombenze non precedute da alcuna espressa manifestazione volitiva.

Inoltre se si considera, appunto, che l'iniziativa della fornitura vada attribuita totalmente alla responsabilità del professionista, ne dovrebbe discendere la non obbligatorietà di una prestazione correlata per il consumatore.

In caso contrario, infatti, si darebbe luogo all'inammissibile conseguenza per cui un soggetto sarebbe tenuto ad un prestazione nei confronti di una controparte, in base solo ad un semplice arbitrio altrui.

Così come prevedeva l'originaria proposta di direttiva,[123] il consumatore a fronte di una fornitura non richiesta, avrebbe il "diritto di disporre del prodotto o del servizio a suo piacimento", realizzandosi, in tal modo, anche finalità

---

[122] G. DE MARZO, *"I contratti a distanza", op. cit.*, p. 69.

[123] Proposta di direttiva sui contratti a distanza presentata in data 21ottrobre 1992. In tale proposta, era previsto infatti che in caso di spedizione effettuata nonostante il divieto, si ricorreva al consumatore il diritto di disporre a suo piacimento del prodotto o del servizio, a meno che non emergesse un errore manifesto. In tal caso, il destinatario della fornitura avrebbe trattenuto il bene a disposizione per un lasso di tempo ragionevole, a condizione che la natura del prodotto lo consentisse. Dopo la modifica apportata alla proposta di direttiva il 7 ottobre 1993, restò sancito il principio per il quale, esclusivamente nel caso di errore manifesto del mittente/fornitore, il consumatore sarebbe stato tenuto a trattenere il bene a disposizione del professionista ma a meno che ciò non arrecasse disturbo alla stesso consumatore. In tal modo venne data maggior rilievo all'esigenza di evitare il semplice disturbo del consumatore, limitando sensibilmente l'ampiezza degli oneri a carico dello stesso, escludendo appunto in tale ipotesi, la restituzione del bene e/o servizio anche del caso di errore manifesto del fornitore.

sanzionatorie nei confronti delle condotte particolarmente aggressive dei professionisti.[124]

Altra parte della dottrina,[125] invece, ponendo l'accento sulla circostanza che la norma in esame con l'espressione "prestazione corrispettiva" faccia inequivocabile ed esclusivo riferimento al corrispettivo della fornitura non richiesta, ritiene che il consumatore sia, comunque, tenuto a restituire il bene o il servizio ricevuto, altrimenti infatti, si sottoporrebbe il professionista a "punizioni ideologiche" economicamente ingiustificate. Oltre, infatti, a non poter considerare l'obbligazione restitutoria quale "prestazione corrispettiva", si è affermato che, consentendo al consumatore di trattenere il bene o il servizio, egli ne ricaverebbe un ingiusto arricchimento.

Si propone a sostegno dell'assunto - ribaltando uno degli argomenti della tesi contrapposta - proprio la mancata riproduzione, nel testo definitivo della direttiva, della previsione che attribuiva al consumatore il diritto a disporre del bene o servizio non richiesti, presente invece nella sua versione originaria.

Altri ancora in merito alla sussistenza per il consumatore dell'obbligo di restituzione del bene o del servizio ricevuto, distinguono l'ipotesi in cui alla fornitura non richiesta non segua solo la "richiesta di pagamento", ma anche la richiesta esplicita di restituzione all'atto della fornitura, come nel caso in cui la fornitura solleciti l'accettazione di un contratto e sia ad esso preordinata ("in caso contrario, la preghiamo di restituirci…..").[126]

In tal caso, si è osservato, che il consumatore è tenuto alla restituzione del bene e/o servizio, sia perché la stessa restituzione non si configura, in questo

---

[124] F. CARINGELLA, "*Il Contratto*", in *Studi di diritto civile*, III, 2003, p. 2297.

[125] A. PUTIGNANI, in *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza,* a cura di ATELLI M., *op cit*., p. 251.

[126] In senso contrario vedi G. CASSANO,"*Commercio elettronico e tutela del consumatore",* in *commercio elettronico e tutela del consumatore*, a cura di P. CENDON, Milano, 2000, p. 69, tale autore, invece, sostiene che non sia possibile formulare una proposta che preveda l'invio "automatico" di un bene, contro un corrispettivo, nel caso in cui il destinatario non dichiari esplicitamente di volerlo ricevere. In capo al consumatore, dunque, non sussisterebbe, in ogni caso, alcun obbligo restitutorio.

caso, come "prestazione corrispettiva" (infatti, del caso *de quo*, la restituzione comporta solo il venire meno per il consumatore dell'utilità, anche potenziale, del bene o del servizio) sia perché l'intenzione commerciale del professionista è in tal caso espressa e leale. quindi consentire al consumatore di trattenere e non restituire il bene arrecherebbe allo stesso un arricchimento effettivamente ingiusto.

Diverso è il problema della disponibilità, *medio tempore,* del bene o del servizio il consumatore e della sua cedibilità a terzi, in caso di fornitura non richiesta.

Occorre, in primo luogo, constatare la sensibile diversità della situazione in oggetto rispetto a quella di una compravendita della quale non sia stato ancora pagato il corrispettivo. Da una parte infatti, non vi è contratto in fase di esecuzione che legittimi l'utilizzo da parte dell'*accipien*s del bene o del servizio attribuitogli, dall'altra, neppure si rinviene nel comportamento del *traens* un'intenzione di liberalità nel senso proprio, nello specifico, non vi corrisponderebbe, l'intenzione di "sensibilizzare" il potenziale cliente alla qualità del prodotto.

La necessaria protezione del consumatore, tuttavia, deve passare attraverso la possibilità di valutare criticamente il servizio o il bene con il quale lo "si tenta", anche per non inibire completamente l'autonomia negoziale, come semplice conseguenza del comportamento formalmente non corretto del professionista-eventualmente attraverso un diritto di prova che andrebbe però, adeguatamente disciplinato e che, in assenza, di disposizioni ad esso applicabili neanche in via di analogia, è necessario escludere.

In definitiva si sostiene che l'art. 57 cod. cons. non è compatibile con un potere di disposizione da parte del consumatore, sul bene o sul servizio, che vada al di là della semplice detenzione temporanea e necessitata.

Il fornitore, dunque, conserverà, fino all'avvenuta restituzione e a sue spese o all'accettazione del consumatore, la disponibilità legale del bene o de servizio.

D'altra parte, a sostegno di questa tesi si sottolinea che l'unilaterale effettuazione di una fornitura di beni e servizi, non preceduta da alcuna ordinazione del ricevente, ancorché legata ad atti invalidi, differisce da qualsivoglia configurazione contrattuale, dunque il consumatore non diviene in alcun caso proprietario dei beni o servizi ricevuti.

Resterebbe valutabile l'applicabilità in questo caso del precetto relativo all'art. 2037 c.c., 1 comma, che obbliga, in caso di indebito, il ricevente alla restituzione.

Si osserva a tal proposito che sul destinatario/consumatore, sembrano gravare gli adempimenti materiali di ordine restitutorio.

Per quanto riguarda, invece, l'assolvimento degli adempimenti relativi alle spese si ritiene che queste debbano essere supportate dal professionista/mittente, posta l'assenza di qualsivoglia condotta del destinatario/consumatore idonea a legittimare tale adempimento da parte del consumatore in un momento successivo all'invio del bene o del servizio.

Le problematiche sollevate della lacuna normativa dell'art. 57 cod. cons. in ordine alla previsione di obblighi di custodia e di restituzione in capo al consumatore Soluzione normativa Direttiva 2005/29/CE, allegato I, n. 29 "delle pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive"(d. Lgs. 2007, n. 146 art. 26 lettera f): "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".

Capitolo III

Fornitura di un servizio telefonico non richiesto e silenzio del cliente. Disciplina civilistica e consumeristica a confronto: inesistenza dell'accordo/contratto.

SOMMARIO: 1. Non riconducibilità della fornitura di un servizio telefonico non richiesto alle tecniche di contrattazione a distanza: mancata formazione dell'accordo. - 2. Inapplicabilità dello schema di conclusione del contratto *ex* art. 1333 c.c., comma 2, per l' attivazione di un servizio telefonico *"super vantaggioso"*. - 3. Divieto legale di attribuire al silenzio serbato dall'utente valore di accettazione tacita, art. 57 cod. cons.: divieto dispositivo e finalità di tutela. - 4. Il problema dell'individuazione dei profili patologici della fattispecie: tra nullità ed inesistenza del contratto. Esclusione dell'ipotesi di nullità **ex** art. 1418 c.c. 1 e 2 comma e di nullità di protezione. - 5. Servizio telefonico non richiesto e silenzio dell'utente: inesistenza del contratto. Rilievi di applicazione pratica sotto il profilo degli effetti: maggior tutela assicurata all'utente.

1. Non riconducibilità della fornitura di un servizio telefonico non richiesto alle tecniche di contrattazione a distanza: mancata formazione dell'accordo.

La fattispecie disciplinata dal primo comma dell'art. 57 cod. cons., sia sotto il profilo terminologico che quello fenomenico, non mira a disciplinare il regolamento negoziale tra professionista e consumatore nelle contrattazioni a distanza. L'intervento del legislatore è piuttosto diretto ad impedire, attraverso una norma inibitoria, una serie di atti successivi di iniziativa unilaterale del professionista - fornitore.

La disposizione del su citato art. 57 cod. cons., infatti, svolge la funzione di limite esterno nella nozione di contratto a distanza: esclude, quindi, dalle tecniche di comunicazione a distanza quelle consistenti nell'invio o nella fornitura abusiva di beni o servizi.

Si tratta non tanto di una disciplina relativa alle categorie giuridiche, ma di un obiettivo di politica comunitaria a tutela del consumatore; ciò spiega anche il

tenore similare di talune norme contenute in alcune direttive che disciplinano ambiti diversi, la cui sintassi è costruita in maniera negativa e residuale (non è ammesso…salvo che…..fermo restando…).

Si tratta di una disposizione normativa che, malgrado le enunciazioni, non si occupa della dogmatica contrattuale, nè fornisce alcuna definizione o indice di definizione del contratto a distanza; essa fa solo riferimento alle tecniche di comunicazioni a distanza utilizzate di fatto nelle relazione commerciale, dettando una serie di disposizioni tese a garantire la simmetria delle informazioni e l'equilibrio contrattuale senza come precedentemente si è detto, volere interferire con la regolamentazione in tema di autonomia negoziale dettata dai vari Stati membri.

La prospettiva interpretativa infatti è destinata a mutare qualora dovesse ravvisarsi quale elemento ispiratore della disposizione in esame, una visuale particolare e patrimonialistica del c.d. diritto alla *privacy*, oppure la tutela dell'equilibrio sociale dei "fenomeni" commerciali[127].

Se l'intento generico della direttiva e del decreto sui contratti a distanza sembra indubbiamente quella di favorire l'equilibrio informativo nei contratti a distanza, la *ratio* sottesa all'art. 57 cod. cons., appare diversa.

Tale disposizione, già nel disegno comunitario, è formulata in maniera evidentemente ellittica, attraverso locuzioni che non trovano riscontro e definizione nel corpo del decreto e della direttiva.

All'articolo 57 cod. cons. è stato, dunque, affidato il compito di definire *a contrario* la spinosa questione della rilevanza del consenso nella conclusione del contratto a distanza " *in ogni caso la mancata risposta non significa consenso".*

Tale nozione rileva, in punto di definizione dell'ambito di applicazione nonché in tema di informazione preliminare, sull'obbligo di conferma scritta, sulla necessità o meno di esercizio del diritto di recesso.

---

[127] A. PUTIGNANI, "*sub art. 9: fornitura non richiesta* ", in *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza,* a cura di ATELLI M., op. cit., Torino, 2001, p. 246.

2. Inapplicabilità dello schema di conclusione del contratto ex art. 1333 c.c. comma 2, per l'attivazione di un servizio telefonico non richiesto oneroso o *"super vantaggioso"*.

L'art. 1333 c.c. è una norma che regola un procedimento semplificato di formazione dell'accordo contrattuale[128] la cui *ratio* risiede nella struttura economica della proposta contrattuale "con obbligazioni a carico del solo proponente".

Nella fattispecie disciplinata dall'art. 1333 c.c. l'oblato riceve solo vantaggi e/o benefici non essendo previste obbligazioni a suo carico.

Il suo silenzio, quindi, come statuisce la norma, può perfezionare il vincolo contrattuale, salva la facoltà per l'oblato di rifiutare - nel termine richiesto dalla natura o dagli usi, *ex* art. 1333, comma 2 - proprio a difesa del principio dell'intangibilità delle sfere giuridiche individuali.

L'applicabilità o meno dello schema di formazione dell'accordo previsto dell'art. 1333 c.c. impone, dunque, un'indagine preliminare sul contenuto economico della proposta, nel caso di specie, sul contenuto del servizio telefonico offerto - ma non richiesto - dalla compagnia telefonica.

Se l'offerta di attivazione di un servizio telefonico risulta essere a titolo gratuito e dunque non apportante alcun onere economico/finanziario per l'ipotetico cliente, secondo la disciplina codicistica prevista dall'art. 1333 c.c., il contratto tra compagnia telefonica e consumatore potrebbe, in linea teorica, ritenersi perfezionato dal silenzio - mancato rifiuto, da parte del cliente, dell'offerta gratuita.

Se, invece, dall'attivazione del servizio telefonico deriva un onere economico, anche, in capo al consumatore - utente, l'accordo non potrà dirsi raggiunto con il mero silenzio di quest'ultimo, ***ex*** art. 1333 c.c.

---

[128] A. M. BENEDETTI, *"Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti"*, Torino, 2002, p. 429 ss.

L'offerta di attivazione di un servizio telefonico seppure definita, da parte di una compagnia telefonica - proponente, "economica" o "vantaggiosa"[129] per il consumatore, qualora comporti un onere finanziario, pure se modico per l'utente (od in ogni caso non facendo venire meno l'obbligo per quest'ultimo di corresponsione economica per l'attivazione del servizio stesso), non può ritenersi rientrare nella schema previsto dall'art. 1333 c.c. in quanto le obbligazioni non risultano essere in capo del solo proponente (compagnia telefonica).

L'eventuale "risparmio economico" di cui beneficerebbe il consumatore, per l'attivazione di un servizio telefonico - non richiesto, non è, infatti, un requisito sufficiente affinché un'azienda telefonica possa contare sul perfezionamento dell'accordo per effetto del mero silenzio serbato dell'utente, *ex* art. 1333 c.c., in seguito all'offerta proposta o alla materiale attivazione del servizio stesso.

Sul piano della disciplina codicistica, dunque, l'offerta di attivazione di un servizio telefonico a titolo oneroso, seppure "economicamente vantaggiosa" per il consumatore, necessita, di una sua espressa manifestazione di volontà[130] o quanto meno di un inequivocabile comportamento concludente da parte dello stesso, in quanto in tali ipotesi sorgerebbero obbligazioni anche a carico del consumatore; pertanto non può trovare applicazione lo schema semplificato di formazione dell'accordo contrattuale, *ex* art. 1333 c.c.

---

[129] Una politica commerciale adottata, spesso, dalle società di telefonia è quella di indurre i clienti a scegliere tariffe che prevedono criteri di determinazione del dovuto meno variabili, più stabili, onde garantire alle società stesse, un gettito prevedibile e predeterminato in corrispondenza di ogni abbonamento di utenza telefonica. Questa attività di convincimento, da qualificarsi come prassi commerciale quanto meno aggressiva, è spesso svolta attraverso servizi (quali il "187" o similari) che chiamano i clienti per informarli delle nuove tariffe, definendole come "supereconomiche", "vantaggiose", "offerte" e di poi, fanno seguire a tale contatto, formalizzazioni scritte delle modifiche così introdotte.

[130] *"L'articolo 1333, comma 2 trova applicazione solo ed esclusivamente nelle fattispecie negoziali unilaterali nell'ambito delle quali non sussiste un obbligo di controprestazione a carico dell'oblato e non nei rapporti contrattuali bilaterali struttuati, come nel caso di specie, sulla corrispettività delle prestazioni per i quali si richiede una precisa manifestazione di volontà delle parti formalizzata nella "preventiva ordinazione",* Delibera AgCom, 25/07/CONS.

3. Divieto legale di attribuire al silenzio serbato dall'utente valore di accettazione tacita, art. 57 cod. cons.: divieto dispositivo e finalità di tutela.

Il principio dell'accordo, di natura civilista, come precedentemente osservato, è idoneo a tutelare il consumatore da condotte invasive della proprio sfera giuridica, La forza di tale principio è infatti suscettibile di concrete utilizzazioni pratiche: tale principio difende il "singolo"[131] da prestazioni indesiderate che, celandosi dietro contratti finti ed inesistenti, mirano ad imporre a tali soggetti deboli (quali sono ad esempio, gli utenti di servizi di telefonia fissa o mobile) scelte convenienti rispetto alla politica commerciale delle impresa e non necessariamente rispondenti agli interessi invidiali del consumatore.

Un'ulteriore protezione di stampo pubblicistico, a tutela della libertà di contrarre nel settore consumeristico della contrattazione a distanza risulta essere dell'art. 57 cod. cons., norma che si propone in maniera ancor più restrittiva rispetto alla disciplina generale.

La formulazione del primo comma fa pensare ad una norma imperativa che, ponendo un chiaro divieto, protegge il consumatore da prestazioni indesiderate che egli non abbia in qualche modo preventivamente richiesto.

La norma pietrifica un unico procedimento di formazione dei contratti a distanza stipulati tra consumatore e professionisti: l'impresa che vende un bene od

---

[131] V. ROPPO., *"Il contratto come accordo: volontà e libertà contrattuale,* in *"Il Contratto"*, *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2001, p. 24 ss. Efficace sul punto anche N. IRTI, *"Scambi senza accordo",* in *Riv. trim. dir. prc. civ.,* 1998, I, p. 1 ss., secondo il quale*"l'accordo è il risultato discorsivo e conoscitivo che media i punti di vista delle parti e risolve in unità la loro discorde dualità. Ma l'identità accordo- dialogo non esaurisce l'ampia gamma di significati che possono essere attribuiti al concetto normativo di accordo contrattuale, capace di esplicarsi attraverso procedimenti (quelli regolati dagli artt. 1326 ss. del codice civile) che non sempre si fondano sul dialogo tra le parti"*.

un servizio a distanza, senza l'ordine del consumatore, non è legittimata a fornire servizi o consegnare beni.

L' "ordine" - qualificabile o come proposta, o come accettazione, a seconda del suo concreto contenuto nel caso di specie - è, dunque, il presupposto indispensabile ed irriducibile per la formazione del contratto a distanza tra il professionista ed il consumatore, il cui schema formativo, a questo punto, è sintetizzabile con la seguente formula: ordine + fornitura del bene o del servizio richiesti.

Secondo il dettato normativo della disciplina consumeristica nessun vincolo contrattuale può sorgere se il consumatore non abbia preventivamente richiesto - dunque voluto - i beni od i servizi che gli vengono offerti, a distanza, dal professionista (anche mediante atti già esecutivi del servizio: per esempio attivazione della modifica tariffaria telefonica, ovvero, atti di consegna di beni o ancora consegna a domicilio del consumatore di libri o altre merci etc).

Il consumatore può chiedere al professionista di cessare immediatamente la fornitura del servizio o la consegna dei beni non richiesti con la conseguenza, tra l'altro, che ogni pretesa patrimoniale nei suoi confronti è priva di titolo poiché priva della copertura contrattuale.

La disciplina consumeristica fin qui enunciata apporta nulla di più di quanto già non sia insito nel principio civilistico dell'accordo.

Il secondo comma dell'art. 57 cod. cons., tuttavia, contiene una norma più significativa, che può rivestire un significato pregnante solo se letta quale disposizione che limita l'accesso ai procedimenti "semplificati" di formazione dell'accordo contrattuale.

La "spia" di quanto si vuole affermare, dovrebbe rinvenirsi nella seconda parte del secondo comma dell'art. 57 cod. cons.: *"in ogni caso la mancata risposta non significa consenso"*.

L'espressione *"in ogni caso"* è il nucleo della norma: essa va intesa nel senso che di qualsiasi natura sia il contenuto della fornitura, a titolo oneroso o gratuito,

offerta al consumatore senza il suo previo ordine, il suo silenzio di fronte a questa offerta/proposta non può mai valere come consenso.

Dunque, anche ove la fornitura del bene o del servizio non comporti "richiesta di pagamento" (come previsto dal primo comma di detta disposizione), il silenzio del consumatore non può valere come consenso. In tal caso allora l'utente è "protetto" anche laddove il bene o il servizio gli vengano recapitati a titolo gratuito.

Un'interpretazione della disposizione in esame in tal senso, sortirebbe l'effetto di impedire, in ogni caso, l'utilizzo dello schema contrattuale dell'art 1333 c.c., norma che, altrimenti, porterebbe alla conclusione che il silenzio, se non interrotto da un rifiuto, impegni contrattualmente l'utente laddove si tratti di un contratto con obbligazione a carico del solo professionista e, dunque, essenzialmente rispetto a servizi offerti a titolo gratuito.

Anche a fronte di beni e/o servizi gratuitamente offerti, l'impegno contrattuale non può sorgere attraverso lo schema, *ex* art. 1333 c.c., del silenzio - mancato rifiuto - dell'utente, poiché, ai sensi dell'art 57 cod. cons., il destinatario avrebbe dovuto espressamente richiedere il servizio telefonico, ovvero accettare successivamente l'offerta della Compagnia telefonica.

L'art. 57 cod. cons., così interpretato, si pone come una norma a tutela dell'autonomia delle sfere giuridiche a 360°, non solo contro le intrusioni attualmente o potenzialmente gravose per il consumatore - utente, ma anche contro quelle oggettivamente vantaggiose (sul piano economico, perché gratuite), *"per il semplice fatto che sono intrusioni"*.[132]

Il principio dell'accordo – consenso - prescritto dall'art. 57 cod. cons., garantisce al consumatore che le proprie posizioni giuridiche non siano incise per decisioni unilaterali di un altro soggetto, professionista ovvero controinteressato.

---

[132] V. ROPPO, "*Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma,* in *"Il contratto del duemila"*, Torino, 2002, p. 23 ss.

La norma protegge il consumatore da un lato e dall'atro mette sull'avviso il professionista che non può contare sul significato concludente del silenzio dell'utente.

Il silenzio di quest'ultimo, anche, di fronte a servizi gratuiti, non lo impegna contrattualmente e se una compagnia telefonica offre "in prova gratuita" all'utente un servizio da lui nè richiesto nè ordinato (l'utilizzo di una linea internet super veloce, ad esempio) con il patto che in mancanza di disdetta entro certi termini l'utente si impegnerà ad utilizzare il servizio dietro corrispettivi, il consumatore può contare sul fatto che, non avendo egli mai chiesto detto servizio, l'art 57 (primo comma secondo la nuova formulazione) impedisce che il suo silenzio valga come accettazione o comunque consolidi in suo capo un qualche impegno contrattuale.

Silenzio, si badi, non comportamento concludente nel senso che l'utente che si serva del servizio o dei beni gratuitamente offerti - anche senza previo ordine - può porre in essere un comportamento concludente avente significato di accettazione. comportamento che, allora, potrebbe consolidare un vincolo contrattuale tra le parti.

Va da sè, infine, che l'impresa non può "inventarsi" il previo ordine dell'utente; detto comportamento- oltre che scorretto- è evidentemente inidoneo ad aggirare il divieto posto dall'art. 57 cod. cons.

Il principio dettato dall'originario 2° comma dell'art. 57 codice consumo (odierno 1 comma in virtù delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 146/2007), sancisce che in caso di fornitura non richiesta non solo il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva, ma alla mancata risposta del consumatore non può attribuirsi il significato di consenso ne è tenuto a qualsiasi obbligo di risposta.

Il legislatore comunitario, preso atto della diffusione di tecniche promozionali estremamente "aggressive", consistenti nell'invio di prodotti o sevizi senza richiesta preliminare da parte del consumatore o senza un previo ed esplicito

accordo tra le parti, ha ritenuto che, in tali occasioni il mero silenzio dell'utente-consumatore, non può essere inteso quale manifestazione tacita di consenso negoziale, dunque quale consenso implicito, essendo a tal fine, invece, necessaria un'espressa manifestazione di volontà, né si può configurare un onere di risposta a carico del consumatore.

La *ratio* di tale disposizione risiede nel fatto che, nelle ipotesi di contrattazione a distanza, i luoghi ove il messaggio perviene e l'effetto sorpresa che inevitabilmente ne consegue per il consumatore (che, appunto, oltre a non avere la padronanza sulla tecnica di comunicazione scelta dal professionista, ne aspetta l'offerta, ne, potrebbe avere alcun bisogno di fare l'acquisto), lo possano esporre in concreto a pericolose ed inammissibili accettazioni tacite.[133]

Tali disposizioni di derivazione comunitaria, determinano una riserva di legge in materia di manifestazione del consenso, espropriando le parti del rapporto, dalla facoltà di determinare "la forma del consenso" del rapporto contrattuale.

Tale disciplina comunitaria può apparire in contrasto con il principio civilistico dell'autonomia privata, corollario delle dottrine liberiste, secondo cui solo l'autonomia e la libertà delle parti possono garantire la giustizia dell' accordo e del rapporto contrattuale.

Il principio dell'autonomia privata, su cui sono improntati i sistemi civilistici europei, inibisce alla legge qualsiasi intervento nella sfera riservata in via esclusiva alla libera volontà dei contraenti, restando dunque al legislatore solo il compito di fissare le regole del gioco contrattuale e l'indicazione dei limiti non superabili di liceità, possibilità, determinatezza o determinabilità.

La *ratio* di tale scelta comunitaria, in realtà, è sempre da ritrovarsi nell'asimmetria informativa che caratterizza il rapporto consumatore e imprenditore, che , infatti, determina la crisi del rapporto/equazione che fa coincidere giustizia ed autonomia privata.

---

[133] CHINÈ G., *"Il diritto comunitario dei contratti"*, in *"Il diritto privato dell'Unione Europea"*, I, a cura di TIZZANO A, *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE M., *op. cit*., p. 627.

Dunque la scelta comunitaria di determinare *ex lege*, in via dispositiva, il contenuto "minimo" nei contratti del consumatore, o come nel caso di specie, di determinare un veto inderogabile per le parti circa il significato da attribuire al silenzio serbato dal consumatore nella fattispecie disciplinata dall'art. 57 cod. cons., rappresenta il modo attraverso cui realizzare il riequilibrio dei rapporti di forza tra i consumatori e gli i superiori obiettivi di tutela.

Tal disposto normativo trova la sua prima espressione in altri documenti internazionali come nell'art. 18, 1° co, della Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980, relativa ai contratti di vendita internazionale di beni mobili, che appunto già prescriveva, in termini generali, che il silenzio e l'inerzia, di per sé, non equivalgono ad una accettazione, a meno che non esistano accordi delle parti o usi che attribuiscono al silenzio il significato di un'accettazione tacita, in modo analogo alla regola vigente nell'ordinamento italiano.

Rispetto a questo indirizzo, infatti, la disciplina comunitaria sulla fornitura non richiesta ha una sua maggiore singolarità nel principio che esso sancisce, negando qualsiasi ricerca sulla volontà negoziale nel senso di valutare se il comportamento posto in essere da un certa parte, implichi per coerenza logica un certo significato oppure lo escluda per una manifesta incompatibilità.

Ciò avviene, in coerenza con le premesse poste con il primo comma dell' art. 57 cod. cons., che nel collocare l'enunciato normativo nella sfera del divieto anziché in quella del canone ermeneutica, sceglie una prospettiva negativo sanzionatoria, in luogo di un punto di vista ricostruttivo - interpretativo.

Se, infatti, si attribuisce al secondo comma la portata riduttiva di semplice ripetizione del principio generale per cui il silenzio non costituisce di per sé manifestazione di volontà, si deve prendere atto di una disomogeneità solo formale rispetto alle regole tradizionali affermati dalla giurisprudenza e della dottrina.

Di tutta evidenza, infatti, che il silenzio (mancata risposta) non esprime alcun che se non quando le parti gli abbiano anteriormente e concordemente attribuito

significato positivo, nel senso di considerarlo come manifestazione di volontà oppure quando a stabilirne un diverso significato intervengono la legge o gli usi.

Affinché il silenzio acquisti valore di dichiarazione di volontà occorre, infatti, che esso si manifesti in qualche modo positivamente nel suo valore espressivo.[134]

Il silenzio, dunque, secondo dottrina prevalente e giurisprudenza costante, assurgerebbe a comportamento concludente, allorché assuma valore di manifestazione, cioè nei casi in cui il soggetto, per forza di legge, per patto, per consuetudine è tenuto a parlare e se ne astiene. [135]

Non è applicabile alla fattispecie *de quo,* neanche l'applicazione del paradigma dell'accettazione attraverso atti esecutivi, non vertendosi in tema di proposta suscettibile di immediata esecuzione art. 1327 c.c.

Il principio diffusamente vigente in materia è quindi nel senso di esigere, per ciò che concerne l'accettazione di una proposta contrattuale un complesso di circostanze particolarmente qualificanti, allo scopo di evitare che l'inerzia unilaterale di un soggetto nella sfera giuridica altrui possa, nell'inerzia di questo portare senz'altro ad un contratto.[136]

Tali circostanze non possono, dunque, ravvisarsi nella fattispecie di fornitura non richiesta. Mancherebbe, infatti, in questo caso, la consapevolezza da parte

---

[134] Più precisamente si può parlare di un comportamento omissivo che assume il significato di manifestazione di volontà del contraente in una certa direzione,*"quando peculiari circostanze e situazioni oggettive e soggettive siano tali da rendere il silenzio significativo come sintomo rivelatore delle intenzioni delle parti"* , vedi Cass. Civ., 26 maggio1965, n. 1064, in *Giur. It.,* 1966, I, l, p. 615. *"il silenzio costituisce normalmente un fatto equivoco e per assurgere ad elemento di prova, contro la parte nei cui confronti si invoca, occorre che la stessa sia tenuta a rispondere in base all'uso comune e al comune apprezzamento, così che la manata risposta debba sicuramente ed univocamente significare adesione alla volontà manifesta dall'altra parte"*, vedi Cass. Civ., 20 aprile 1960, n. 900, in *Rep. It*., voce *Obbligazioni e contratti,* n. 87, p. 1731.

[135] GIAMPICCOLO 1961, p. 787.

[136] P. SCHLESINGER, "*Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,*1964, p. 1345.

dell'oblato-consumatore di qualsiasi rilevanza sociale attribuibile al suo non-comportamento.[137]

Se, inoltre se si considera anche la stessa *ratio* che sottende all'art. 57 cod. cons., posta a presidio della libertà personale, nonché contrattuale del consumatore, sarebbe, dunque, infondato attribuire alla mancata risposta del consumatore qualsiasi significato che andasse al di là di una mera tolleranza rispetto ad una indebita invasione della propria sfera privata.

La netta affermazione contenuta nell'art. 57 cod. cons., ha l'obiettivo se pure non dichiarato espressamente, di paralizzare qualsiasi eventuale pretesa successiva, del fornitore al pagamento della fornitura od ad un risarcimento del danno, infondatamente, legato ad una violazione, da parte del consumatore, del dovere di buona fede delle trattative[138].

Scopo infatti, della norma in esame è proprio quello di frustrare la possibilità di impiegare in modo surrettizio tecniche di comunicazione a distanza per inoltrare merce al potenziale cliente e porlo di fronte al "fatto compiuto" della presenza della stessa merce, al fine di indurre il consumatore a ritenersi obbligato a pagare.

La norma pone, dunque, un divieto legale preventivo di considerare in alcun modo il silenzio del consumatore quale manifestazione tacita di consenso nell'ipotesi di fornitura non richiesta, così che possa escludersi in sede processuale qualsiasi diversa interpretazione in merito all'inerzia serbata dal consumatore in tali fattispecie. In nessun caso il consumatore potrà ritenersi obbligato verso il professionista per il solo silenzio serbato di fronte alla richiesta di pagamento o ad altro sollecito unilateralmente collegato alla fornitura.

---

[137]Tale principio lo si riviene anche negli ordinamenti della *common low*: se il promettente richiede il compimento di una prestazione il *contract* non si forma finchè la prestazione non è stata completamente eseguita in conformità alla *consideration* della promessa.

[138] Tale tipo di violazione è stata ravvisata, da parte della giurisprudenza, nel silenzio serbato da una parte a fronte di una proposta di vendita, nei limiti delle perdite che alla controparte siano derivate per avere fatto affidamento sulla conclusione del contratto e dei mancati guadagni verificatesi in conseguenza delle altre occasioni contrattuali perdute , *vedi* Cass. Civ., 11 febbraio 1997, n. 1181, in *Guida al diritto*, 1998, p. 58.

Il consumatore, infatti andrà tenuto indenne da qualsiasi onere, anche non configurato come prestazione corrispettiva in senso tecnico nel caso di fornitura non richiesta ed avrà anzi diritto al risarcimento danno per i comportamento scorretto tenuto dal professionista.

4. Il problema dell'individuazione dei profili patologici della fattispecie: tra nullità ed inesistenza del contratto. Esclusione dell'ipotesi di nullità *ex* art. 1418 c.c. 1 e 2 comma e di nullità di protezione.

L'analisi della fattispecie *de quo* ha condotto a ritenere che nessuno degli schemi di conclusione del contratto, previsti dal codice civile, sia idoneo a ricomprendere tale fattispecie, dunque, nessun contratto può ritenersi concluso.

Il consumatore nell'ipotesi di servizi telefonici non richiesti non ha accettato, non ha proposto e neppure ha concorso alla formazione del contratto mediante un silenzio – qualificato.

Sia alla luce della disciplina del codice civile *ex* artt. 1326 c.c., 1327 c.c.,[139] 1333 c.c., sia della statuizione contenuta nell'art. 57 cod. cons. - testualmente "*la mancata risposta del consumatore non significa consenso"*: l'utente non ha fatto alcunché che possa fare pensare ad una sua qualche partecipazione al procedimento formativo di un contratto (o di una modifica contrattuale), che gli è stato, nella pratica, semplicemente imposto dalla compagnia telefonica.

L'accordo delle parti è previsto dall'art. 1325 c.c., quale primo requisito per l'esistenza di un contratto, la cui mancanza è sanzionata a pena di nullità del contratto stesso *ex* art. 1418 c.c., comma 2.

Non può ritenersi concluso alcun contratto a fronte del silenzio serbato dall'utente a seguito dell'invio di una lettera (o di qualsiasi altro mezzo di comunicazione, ex comunicazione telefonica, fax, *e-mail* etc.) da parte di una società di telefonia con cui essa comunica al cliente di avere attivato, dietro sua

[139] La comunicazione (che può avvenire via telefono, via missiva etc.) con cui si informa un consumatore/utente dell'attivazione di un servizio telefonico- non richiesto- non può valere né come accettazione ne come "avviso" dell'iniziata esecuzione ex art. 1327 c.c., in quanto manca il presupposto logico necessario: la proposta del cliente. L'utente non ha mai richiesto alla Compagnia telefonica un servizio telefonico (o variare la tariffa telefonica del suo abbonamento) né ha accettato una proposta in tal senso proveniente dalla stessa Compagnia.

presunta richiesta, una tariffa telefonica (anche supereconomica) o altro servizio telefonico.

Tale comunicazione, infatti, potrebbe al più configurarsi come proposta posta in essere dalla compagnia telefonica, alla quale non è seguita alcuna accettazione da parte dell'utente.

Il consenso in tali fattispecie, a ben vedere, non è semplicemente "catturato", come spesso avviene nel mondo degli affari e del commercio attraverso diversificate tecniche commerciali - scorrette o meno- ma, piuttosto, è del tutto "inventato"[140] da parte delle aziende telefoniche.

Se, infatti, vi è nullità per mancanza dell'accordo, *ex* art. 1418 c.c. comma 2, laddove sussista "*un'apparenza di dichiarazione riferibile alla parte*",[141] deve, piuttosto, ritenersi inesistente quel contratto che pure "invocato" [142] da qualcuno come tale, nella fattispecie *de quo,* l'ipotetica compagnia telefonica, risulta invece, già *prima facie* non sussumibile nella fattispecie del contratto *ex* art. 1325 c.c.

Tale assunto rende agevole dimostrare che la fattispecie in esame non rientra neanche nel campo applicativo delle nullità virtuali *ex* art. 1418 comma 1. L'attivazione di un servizio telefonico non richiesto si pone quale fattispecie in violazione dell'art. 57 cod. cons., che, come si è detto, è una norma non derogabile e dunque imperativa a cui, testualmente, non è ricollegata nessuna tutela di tipo invalidatorio ma solo, invece, di tipo sanzionatorio *ex* art. 62 stesso codice.

Sotto il profilo sistematico, lo stesso codice del consumo, avrebbe potuto prevedere, se questo fosse stato l'intento, la comminazione della nullità di

---

[140] A. M. BENEDETTI, *"Offerta di variazione di tariffa di abbonamento telefonico, silenzio del cliente e mancato perfezionamento del contratto"*, in *Contratti*, n. 5, 2003, p. 438, l'Autore riguardo tali fattispecie parla di *"autopoiesi del contratto"*.

[141] N. IRTI, *"La nullità come sanzione civile",* in *Contr. impr*., 1987, p. 541.

[142] V. ROPPO, "*Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma",* in *"Il contratto del duemila"*, *op. cit.,* p. 757, *"non basta , invocare un contratto come tale nei confronti di qualcuno per giustificarne l'esistenza"*.

protezione nell'ipotesi di violazione dell'art. 57 cod. cons., così come, ha invece espressamente indicato nelle ipotesi previste dall' art. 36 cod. cons.

Nelle nullità di protezione, inoltre, la tutela è accordata al consumatore secondo un meccanismo non compatibile con l'irrilevanza o con l'inesistenza giuridica del contratto stesso:[143] infatti il consumatore può scegliere tra l'esercizio dell'azione di nullità e domanda di esecuzione del contratto stesso.

Se si volesse, comunque, far rientrare tale fattispecie nell'ambito delle nullità virtuali *ex* art. 1418 comma 1, per violazione dell'art. 57 cod. cons., in forza del rinvio operato dall' art. 38 codice del consumo,[144] si potrebbe obiettare che, secondo una lettura unitaria[145] dell'art. 1418 c.c., le nullità virtuali *ex* art. 1418 comma 1, possono riconoscersi solo quando la violazione di una norma imperativa, si traduca nella mancanza di uno degli elementi esenziali del contratto, *ex* art. 1418 c.c., comma 2.

Per poter trovare applicazione l'ipotesi di nullità virtuale *ex* art. 1418 c.c., comma 1, è necessario, infatti, che l'oggetto del divieto contenuto nella norma imperativa riguardi gli elementi del contratto,[146] mentre i comportamenti tenuti dalle parti rimangono estranei alla fattispecie negoziale e la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto.[147]

---

[143] M. NUZZO,*"art. 36, Nullità di protezione",* in *"Codice del consumo. Commentario",* a cura di G. ALPA E L. ROSSI CARLEO, op. cit., pp. 270.

[144] *"Per quanto non previsto dal codice, ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista, si applicano le disposizioni del codice civile".*

[145] Cfr. sul punto Cass. Civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, nota di V. ROPPO, *Nullità virtuale e3l contratto (di intermediazione finanziaria)*, in *Danno e Resp*., n. 5, 2008, p. 525; Cass civ., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it*., 2006, p. 1105, "*la contrarietà a norme imperative, considerata dall'art. 1418, comma 1, quale "causa di nullità" del contratto, postula, infatti, che essa attenga ad elementi "intrinseci" della fattispecie negoziale, che riguardino, cioè, la struttura o il contenuto del contratto (art. 1418, secondo comma, c.c.)*", con nota di E. SCODITTI, *"Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale".* Ma anche numerose altre pronunce di merito, Trib. Torino, 12 aprile 2006, in *Giur. it*., 2006, p. 1630; Trib. Novara, 16 marzo 2006, in *Giur. Merito,* 2006, p. 1402; Trib. Catania, 22 novembre 2005, in *Foro it.,* 2006, p. 1212; Trib. Genova, 2 agosto 2005, in *Danno e resp*., 2005, p. 1225.

[146] C. M. BIANCA, "*Diritto civile. Il contratto",* Milano, 2000, p. 618.

[147] Sul punto vedi Cass civ., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Giur. Merito*., 2005, p. 2354; Cass. Civ. 9 gennaio 2004, n. 111, in *Giur. it*., 2004, p. 124; Cass. Civ. 25 settembre 2003, n. 14234, in *Foro it.,* 2003, p. 3459; vedi anche in dottrina C. RABITTI , *"Contratto illecito e norma penale.*

Avuto, dunque, riguardo al contenuto della disposizione contenuta nell'art. 57 cod. cons., non potrebbe in ogni caso trovare applicazione l'ipotesi di nullità virtuale *ex* 1418 c.c.

L'art. 57 cod. cons., al primo comma (precedente formulazione) pone, infatti, un divieto comportamentale per il professionista, così come poi la nuova formulazione *ex* d.lgs. n. 146/2007 (in attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori) che al secondo comma, qualifica la fornitura non richiesta come pratica commerciale scorretta,[148] avuto proprio riguardo al comportamento "sleale" posto in essere dal professionista.[149]

La disposizione imperativa contenuta nell'art. 57 cod. cons., infatti, si pone quale limite oltre il quale non può parlarsi di contrattazione a distanza, non c'è infatti contrattazione ove la fornitura del servizio (telefonico), non sia stata anticipata o seguita dal consenso dell'consumatore (utente)[150] ed il comportamento del professionista, teso ad aggirare tale limite, è oggetto del divieto.

Contributo allo studio della nullità", Roma, 1999, p. 58 ss. L'Autrice sostiene efficacemente che *"mentre nel giudizio di responsabilità il parametro è il comportamento individuale, nell'invalidità e diverso l'oggetto della valutazione: non più il comportamento che è estraneo all'atto ma l'autoregolamento che è costituito dalla fattispecie negoziale"*.

[148] Precedentemente già qualificata come pratica aggressiva in ogni caso sleale *"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"*, allegato I n. 29, Direttiva 2005/29/CE, oggi art. 26 codice del consumo.

[149] Cfr. sul punto M. NUZZO, *"Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?"*, in, "*Le pratiche commerciali sleali- direttiva comunitaria ed ordinamento italiano"- 300 Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*- a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007, pp. 237- 238. L'Autore mette in luce, in maniera putuale, come *"Le situazioni previste dalla direttiva sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori consente di escludere la tesi della nullità, perché in nessun caso la violazione del divieto penetra nel contenuto del contratto attraverso uno dei suoi elementi costitutivi"*.

[150] P. SUPPA, "*art. 57, Fornitura non richiesta"* in *"Codice del consumo. Le fonti del diritto italiano"*, a cura di V. CUFFARO coordinatori A. BARBA – A. BARENGHI, op. cit., p. 247, L'Autore nel commentare la fattispecie disciplinata dall'art. 57 cod. cons. afferma che "*si potrà fare valere la responsabilità amministrativa del professionista, nonché dedurre l'inesistenza di qualsiasi rapporto contrattuale dinanzi al giudice civile"*.

5. Servizio telefonico non richiesto e silenzio dell'utente: inesistenza del contratto. Rilievi di applicazione pratica sotto il profilo degli effetti: maggior tutela assicurata all'utente.

Se i confini tra nullità[151] ed inesistenza - categoria dottrinale[152] i cui contorni, di per sé, sono già di incerta definizione - per mancanza dell'accordo, sono difficilmente determinabili, può, invece, affermarsi che, il caso di specie potrebbe essere assunto come esempio emblematico della categoria dell'inesistenza.

---

[151] *Trib. Genova, 11 novembre 2002, Telecom Italia S.p.a c. Rossi*, in, *Contratti*, n. 5, 2003, p. 437, la sentenza in esame ha per oggetto una controversia relativa all'attivazione di un servizio telefonico (servizio Teleconomy) da parte della Compagnia telefonica Telecom Italia S.p.a, mai richiesta dall'attore- utente; benché la suddetta Compagnia avesse comunicato, al cliente, con una missiva di avere attivato tale servizio, in riferimento ad una presunta richiesta dell'utente stesso, la convenuta Telecom S.p.a., in giudizio, poi, non aveva mai prodotto alcun documento attestante tale presupposto, ne si era mai offerta di provare tale fatto assunto come ordine verbale. La stessa Compagnia, inoltre, dopo avere ricevuto la notifica dell'atto di citazione da parte dell'utente-attore, aveva restituito allo stesso, le somme ricevute per l'attivazione del servizio telefonico (mai richiesto). L'attore- utente chiedeva, all'adito Tribunale, di pronunciarsi sull'*an* di un contratto mai concluso con la Telecom, in relazione all'applicazione di tale servizio, in quanto il consumatore né aveva mai richiesto alla società una variazione delle proprie tariffe, né aveva altrimenti acconsentito all'attivazione di quella particolare tariffa. Il giudice, con tale sentenza, ha affermato che non sussistesse alcun accordo tra Telecom S.p.a e l'utente in ordine alla variazione del loro regolamento negoziale, nello specifico, in ordine all'attivazione di tale speciale tariffa di traffico, in quanto la missiva inviata dalla società telefonica potava, tuttalpiù, considerarsi come proposta cui non era mai seguita alcuna accettazione da parte dell'utente, dunque il contratto di cui la Telecom S.p.a ne invocava l'esistenza, era da considerarsi nullo e non idoneo, dunque, a produrre effetti.

[152] Tale categoria, storicamente, ha avuto la sua prima elaborazione da parte della dottrina francese in tema di matrimonio: si fece ricorso alla nozione di inesistenza al fine di impedire che al matrimonio fra persone del medesimo sesso si potessero ricondurre la produzione di effetti, dal momento che nessuna norma contemplava l'identità di sesso dei *nubendi* come causa di nullità del matrimonio, v. L. CARIOTA FERRARA, *"Inesistenza ed invalidità dei negozi giuridici"*, in *Foro it*., 1948, IV, p. 33. Da parte della dottrina si è, infatti, cominciato a fare ricorso alla categoria dell'inesistenza, essenzialmente, per giustificare ipotesi di inefficacia proprio per quegli atti le cui nullità sono tassativamente tipizzate e configurate in termini molto ristretti (come, appunto, nelle fattispecie del matrimonio, del testamento e delle delibere assembleari), F. CARNELUTTI, *"Inesistenza dell'atto giuridico",* in *Riv. dir. proc*., 1955, I, p. 61. La categoria dell'inesistenza ha, di poi nella giurisprudenza, trovato rilevanti applicazioni in tema di delibere assembleari. Per quest'ultime la legge, ex. art. 2379 c.c., prevede che sono nulle nei soli casi di oggetto impossibile o illecito, mentre negli altri casi in cui non sono conformi alla legge, le delibere sono annullabili, ed impugnabili nel termine di tre mesi, ex. art. 2377 c.c. La giurisprudenza, in talune ipotesi, ha qualificato le delibere assembleari (ad esempio non verbalizzate oppure assunte senza la regolare convocazione di uno dei soci), come inesistenti e non annullabili, , al fine di impedire la rigida preclusione temporale prevista dall'art. 2377 c.c., v. R. AMBROSINI*, "Ipotesi di inesistenza della delibera assembleare: criteri di individuazione"*, in *Società*, 1993, p. 484.

In relazione alla fattispecie, in esame, attivazione di servizio telefonico non richiesto seguito dal silenzio dell'utente, la sola dichiarazione della compagnia telefonica non può *fare da contratto*.[153] Manca, da parte di uno dei contraenti- l'utente - qualsiasi partecipazione volitiva (sia sotto la veste di proposta, che di accettazione), manca, pertanto, quel nucleo minimo di fatti e/o elementi necessari e/o essenziali per potersi configurare l'esistenza di un contratto.

Nel caso *de quo*, infatti, l'accordo tra compagnia telefonica e utente in merito all'attivazione di un servizio telefonico è del tutto inventato dal primo contraente: l'ipotetico contratto non è invalido per mancanza di uno dei requisiti ma è semplicemente insistente.[154]

Affinché possa parlarsi di contratto inesistente, ovvero affinché sussista una c.d. *"inesistenza significativa",*[155] è necessario non solo che una delle parte invochi il contratto contro l'altra parte, ma anche che tale invocazione sia sostenuta da un minimo di evidenza dell'esistenza del contratto stesso, ancorché si tratti di una evidenza smentibile già *prima facie.*[156]

Nella prassi commerciale, infatti, come spesso accade, le Compagnie telefoniche invocano la sussistenza di contratto, sulla base di un'evidenza materiale- ipoteticamente- attestata dall'automatico addebito in bolletta di un servizio telefonico- non richiesto (qualora la Compagnia telefonica sia anche fornitrice dell'utenza telefonica dello stesso cliente), o da una missiva con cui la Compagnia stessa comunica all'utente di avere attivato tale servizio.

---

[153] A. M. BENEDETTI, *op. ult. cit.,* pag. 441.

[154] F. SANTORO PASSARELLI, *"Dottrine generali del diritto civile",* Napoli, 1989, p. 242. Tale Autore sostiene che *"l'inesistenza sarebbe data da una incompletezza tale da escludere che in un fatto possa ravvisarsi un determinato negozio".*

[155] T. ASCARELLI, "*Inesistenza e nullità*", in *Riv. dir. proc.,* 1956, I, p. 61.

[156] E. TREROTOLA, "*Riflessioni in tema di inesistenza del negozio giuridico",* in *Giur. merito,* 1994, IV, p. 186. In dottrina si è fatto riferimento, ad esempio, all'ipotesi in cui, in sede processuale, l'attore esibisca in giudizio, a fondamento della sua domanda, un contratto che manchi di qualsiasi firma del convenuto o esibisca un'accettazione del convenuto palesemente difforme dalla propria proposta; in entrambi i casi il convenuto potrà eccepire l'inesistenza del contratto.

Se, invece, la richiesta di pagamento, per l'automatica attivazione di un servizio telefonico- non richiesto- non è seguita nè anticipata da alcun atto materiale che ne esprime la conclusione di un ipotetico contratto, come nel caso del c.d. *"spamming"*, non sarà necessario "invocare" la categoria dell'inesistenza, ma, ancor più semplicemente, eccepire la non esistenza del contratto stesso, c.d. *inesistenza non significativa.*[157]

L'inquadramento della fattispecie in esame, nella categoria dottrinale dell'esistenza piuttosto che in quella legale della nullità , comporta, anche, sotto il profilo dei diversi effetti ricollegabili alle categorie in esame, interessanti risvolti pratici che si rilevano di non poca importanza ai fini della maggior tutela assicurata, all'utente, dalla categoria dell'inesistenza.

Tale categoria delimita i confini entro cui possono prodursi quei pur minimi effetti che talora la legge ricollega al contratto nullo.

Si impedisce, in tal modo, la possibilità di potere invocare tali effetti in presenza di fattispecie che non presentano neppure i requisiti minimi affinchè possa parlarsi dell'esistenza di un contratto, ancorché nullo.

Il codice civile, infatti, prevede *ex* 1424 c.c.,[158] che un contratto nullo possa produrre gli effetti di un contratto diverso allorquando ne contenga i requisiti di sostanza e di forma- *"qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito delle parti,*

---

[157] F. GIANNELLI - M.G MAGLIO, *"Il negozio invalido ed il negozio compromesso, con riguardo alla inesistenza, alla nullità, all'annullabilità ed alla rescissione"*, in *Arch. civ*, 1999, p. 129 ss. Il *discrimen* tra inesistenza <significativa> ed inesistenza <non significativa> o <irrilevante> lo si può cogliere nell'ipotesi in cui una pretesa si dice fondata su un contratto, di cui non si fornisce alcun elemento, materiale e/o sostanziale, idoneo a configurarne la fattispecie (nessuna circostanza di tempo, di luogo, nessun documento cartaceo, o nessun elemento in base al quale il contratto potrebbe dirsi concluso oralmente o per comportamento concludente); in tale ipotesi non "c'è *bisogno <scomodare> la categoria dell'inesistenza, in quanto non c'è alcuna ragione di parlare di contratto"*.

[158] Vi sono anche, altre ipotesi in cui il legislatore ricollega alcuni effetti al contratto (o negozio) nullo: l'art. 799 c.c., così come l'art. 590 c.c. in materia di disposizioni testamentarie nulle, prevede che gli eredi o gli aventi causa del donante di donazioni nulle, conoscendo la causa di nullità, possono confermare o dare volontaria esecuzione a tali donazioni, tale sanatoria comporta la piena efficacia della donazione, così che tali donanti non potranno più esercitare l'azione di nullità; l'art. 2126 c.c., prevede che il contratto di lavoro nullo (purchè non illecito) è efficace per il periodo in cui il rapporto di lavoro ha avuto esecuzione, e comunque attribuisce al lavoratore il diritto retribuzione.

debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità"-; un contratto inesistente, invece, non può essere, prima sul piano logico e poi su quello giuridico, suscettibile di *"conversione", ex* art. 1424 c.c., in quanto non può aversi conversione se non c'è sussistenza di contratto (pure se nullo), potrebbe parlarsi, al più, di formazione *ex novo* di un contratto prima non esistente.

La possibilità di inquadrare l'ipotesi di in esame, fornitura di servizio telefonico non richiesto e silenzio dell'utente, nella categoria dell'inesistenza consentirebbe di tutelare il cliente da qualsiasi minimo effetto che si potrebbe ricollegare ad un contratto (avente ad oggetto l'attivazione di un servizio telefonico non richiesto) nullo, ad esempio, allorquando la compagnia telefonica eccepisse che il contratto nullo (o la clausola nulla) sia stato convertito in un altro - *che ne contenga i requisiti di sostanza e di forma* - con il consenso della controparte/utente, "estorcendo", però, il consenso dello stesso con un'ulteriore pratica commerciale- ingannevole o aggressiva- scorretta.

Sul piano, della disciplina strettamente consumeristica, qualificare la fattispecie in esame inesistente sul piano del rapporto obbligatorio, induce ad ulteriori rilievi. Per il consumatore/ utente che abbia "coattivamente" ricevuto l'attivazione di un servizio telefonico (aggiuntivo o meno) non richiesto e non voluto non sarà neppure necessario esercitare il diritto di recesso *ex* art. 64 cod. cons., che in ogni caso rappresenta un mezzo a tutela della scelta commerciale del consumatore, accordando allo stesso la possibilità di scioglimento unilaterale del contratto, esercitatile, però, entro determinati limiti di tempo.

Presupposto, per l'esercizio del diritto di recesso è *in primis* la sussistenza di un contratto[159] e dunque l'avvenuto scambio del consenso, tra consumatore e

[159] R. GIAMPETRAGLIA, "*Commento* sub. *art. 64, Esercizio del diritto di recesso"*, in *"Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. ALPA E L. ROSSI CARLEO, *op. cit.*, p. 457.

professionista, prestato fuori dai locali commerciali o attraverso una tecnica di contrattazione distanza.[160]

A fronte dell'attivazione di un servizio telefonico non richiesto dall'utente, il servizio telefonico *ab origine* non è mai stato né voluto nè richiesto, l'utente non ha mai prestato e manifestato la propria a volontà a contrarre, non sussiste, quindi, alcun *nesso eziologico*[161] tra le prestazioni a carico delle parti. Sul piano tecnico-giuridico non sarebbe possibile parlare di risoluzione unilaterale di un contratto, di fatto, mai avvenuto, né sul piano del tutela sarebbe giustificato accordare uno *ius poenitendi*, se manca il presupposto giuridico- fattuale cui è ricollegato il *diritto al ripensamento* del consumatore.

Sul piano pratico, la *"vittima"* dell'attivazione di un servizio telefonico non richiesto, non è vincolata nei limiti temporali[162] previsti dal cod. cons. per

---

[160] Il diritto di recesso trova giustificazione in tali forme di contrattazione proprio per la limitata libertà di scelta offerta al consumatore, per l'effetto sorpresa derivante sia dall'iniziativa promozionale assunta all'imprenditore o sia dalla circostanza che il bene o il servizio non può essere visionato prima o al momento dell'acquisto, soprattutto nella contrattazione *inter absentes*, o perché il consenso prestato non è sufficientemente informato.

[161] M. DONA, "*L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell'allegato I, della direttiva 2005/29/CE"*, in "*Le pratiche commerciali sleali - direttiva comunitaria ed ordinamento italiano"- 300 Quaderni di Giurisprudenza Commerciale* - a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, op.cit., p. 215.

[162] Art. 64 cod. cons., *Esercizio del diritto di recesso: "Per i contratti e per le proposte contrattuali a distanza ovvero negoziati fuori dai locali commerciali, il consumatore ha diritto di recedere senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo, entro il termine di dieci giorni lavorativi, salvo quanto stabilito dall'articolo 65, commi 3, 4 e 5.2. Il diritto di recesso si esercita con l'invio, entro i termini previsti dal comma 1, di una comunicazione scritta alla sede del professionista mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento. La comunicazione può essere inviata, entro lo stesso termine, anche mediante telegramma, telex, posta elettronica e fax, a condizione che sia confermata mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento entro le quarantotto ore successive; la raccomandata si intende spedita in tempo utile se consegnata all'ufficio postale accettante entro i termini previsti dal codice o dal contratto, ove diversi. L'avviso di ricevimento non e', comunque, condizione essenziale per provare l'esercizio del diritto di recesso.3. Qualora espressamente previsto nell'offerta o nell'informazione concernente il diritto di recesso, in luogo di una specifica comunicazione e' sufficiente la restituzione, entro il termine di cui al comma 1, della merce ricevuta".* In combinato disposto con l'art. 65 cod. cons. *Decorrenze*: "*2. Per i contratti a distanza, il termine per l'esercizio del diritto di recesso di cui all'articolo 64 decorre:* a) *per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore ove siano stati soddisfatti gli obblighi di informazione di cui all'articolo 52 o dal giorno in cui questi ultimi siano stati soddisfatti, qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto purche' non oltre il termine di tre mesi dalla conclusione stessa;* b) *per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto o dal giorno in cui siano stati soddisfatti gli obblighi di informazione di cui all'articolo*

recedere unilateralmente dal contratto ma potrà, invece, eccepire sempre l'inesistenza del contratto senza limiti decadenziali o prescrizionali.

52, qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto purche' non oltre il termine di tre mesi dalla conclusione stessa. 3. Nel caso in cui il professionista non abbia soddisfatto, per i contratti o le proposte contrattuali negoziati fuori dei locali commerciali gli obblighi di informazione di cui all'articolo 47, ovvero, per i contratti a distanza, gli obblighi di informazione di cui agli articoli 52, comma 1, lettere f) *e* g)*, e 53, il termine per l'esercizio del diritto di recesso e', rispettivamente, di sessanta o di novanta giorni e decorre, per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore, per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto. 4. Le disposizioni di cui al comma 3 si applicano anche nel caso in cui il professionista fornisca una informazione incompleta o errata che non consenta il corretto esercizio del diritto di recesso. 5. Le parti possono convenire garanzie più ampie nei confronti dei consumatori rispetto a quanto previsto dal presente articolo."*

Capitolo IV

"Il diritto ad essere lasciati in pace" e risarcimento del danno non patrimoniale per l'attivazione di servizi telefoni non richiesti: il c.d. danno da *"petulanza"*.

SOMMARIO: 1. L'attivazione di un servizio telefonico non richiesto quale pratica commerciale aggressiva *"petulante"*. - 2. Servizio telefonico non richiesto e sgradito: violazione del diritto alla tranquillità individuale dell'utente: *"the right to be let alone"*. - 3. Riconducibilità del fondamento normativo del diritto *de quo* all'interno del codice del consumo. - 4. Elementi qualificanti il c.d. *"danno da petulanza"*: reiterazione e persistenza della condotta sollecitatoria delle Compagnie telefoniche. – 5. Differenza sostanziale e strutturale tra violazione del diritto alla *privacy* e diritto alla tranquillità individuale. - 6. Attivazione di un servizio telefonico non richiesto gratuito e sgradito: il c.d. *spamming*. Tra tutela della *privacy* e tutela della tranquillità individuale.

1. L' attivazione di un servizio telefonico non richiesto quale pratica commerciale aggressiva *"petulante"*.

L'attivazione di un servizio telefonico potendola ricondurla alla fattispecie generale della fornitura non richiesta, oramai è dalla legge qualificata come pratica commerciale scorretta, *ex* art. 57 cod. cons. in recepimento del d.lgs. 02/08/2007, n. 146 *"Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali"*.

In particolare la direttiva sulle pratiche commerciali sleali, aveva già definito come aggressiva in ogni caso sleale l'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.

Nella fattispecie si intende scoraggiare la tecnica degli operatori commerciali mirata al influenzare il consumatore in un momento successivo all'invio dei

prodotti non ha preventivamente ordinato, facendo in tal modo insorgere un rapporto obbligatorio "coatto".[163]

L'art. 20 cod. cons. prevede che la pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o e' idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Nell'ipotesi di attivazione di un servizio non richiesto a titolo oneroso e gratuito, l'aggressività può individuarsi nella petulanza che caratterizza l'insistenza del professionista, che con comportamenti invadenti mira a condizionare le scelte negoziali del consumatore.

---

[163] M. DONA,"*L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell'allegato I, della direttiva 2005/29/CE"*, in *"Le pratiche commerciali sleali - direttiva comunitaria ed ordinamento italiano"*- 3*00 Quaderni di Giurisprudenza Commerciale* - a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, op. cit., pp. 212- 217.

2. Servizio telefonico non richiesto e sgradito: violazione del diritto alla tranquillità individuale dell'utente: *"the right to be let alone"*.

Il riconoscimento del danno esistenziale, nel settore consumeristico, mira a riconoscere e a tutelare la posizione di debolezza economica del consumatore, serve, dunque, quale strumento di realizzazione della solidarietà sociale, teso, anche se non esplicitamente, a punire la condotta del professionista-danneggiante.[164]

In particolare ha assunto, recentemente, importanza la problematica relativa , nel settore consumeristico, i danni subiti dagli utenti di servizi telefonici a causa di gestori inadempienti.[165]

---

[164] In tale direzione, un'importante decisione della Corte di giustizia della Comunità Europea, CE 12 marzo 2002, C. 168/2000, in materia di danni causati dalla violazione di contratti di organizzazione ed intermediazione di viaggi turistici: danno da vacanza rovinata, Definito come danno non patrimoniale da inadempimento, riconosciuto, in principio, al di fuori dei limiti previsti dall'art. 2059 c.c., strutturato, nel suo contenuto come danno esistenziale, consistente in una situazione peggiorativa, causata dal mancato godimento di un periodo di vacanza, cfr E. GUERINONI, *L'interpretazione della Corte di Giustizia riguardo al danno da vacanza rovinata"*, in *Resp. Civ*, 2002, p. 363, F. MAIOLO, "*La Corte di Giustizia, il danno da vacanza rovinata e il sistema bipolare di responsabilità civile"*, in *Danno e Resp.,* I, 2002, p. 1106**;** R. CONTI, *Corte di Giustizia, danno da vacanza rovinata e viaggi su misura"*, in *Corriere Giur.,* 2002, p. 1002. Tale danno da vacanza rovinata, dalla Corte di Giustizia, è stato fatto poi rientrare tra i danni non patrimoniali risarcibili *ex* art. 2059 c.c.. La Corte, infatti, ha statuito che l'art. 5 della Direttiva del Consiglio 13 giugno 1990, 90/314/CEE, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti tutto compreso, deve essere interpretata nel senso che il consumatore abbia diritto al risarcimento del danno morale derivante dall'inadempimento o cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione di un viaggio tutto compreso.

[165] Tra le ipotesi più frequenti nel rapporto tra consumatori ed enti gestori di telefonia, rientra quella di ritardata attivazione del servizio telefonico in articolare occorre rilevare che di regola, in contratti di adesione, in ossequio alle direttive della carta dei servizi, i cui parametri sono individuati dalla AgCom non solo prevedono tempi certi per l'attivazione del servizio di telefonia ma stabiliscono anche delle penali nel caso del ritardo. L'aspetto che è interessante sottolineare è che la giurisprudenza di merito, cfr. sul punto Trib. Genova, 23 gennaio 2004, n. 323, in *Persone e Danno*, 2004, 76; Giudice di pace Roma 11 luglio 2003, 789, in *Giur. Merito*, 2003, p. 678, oltre al pagamento della penale prevista negozialmente ha riconosciuto anche il risarcimento del c.d. danno esistenziale consistente non solo nell'impossibilità di disporre del servizio nei tempi concordati ma anche nei disagi che l'utente deve affrontare sia per provvedere diversamente a soddisfare le proprie necessità sia per sollecitare la società ad adempiere.
E' evidente che il risarcimento dei danni segue le regole generali previste dalla normativa codicistica e quindi il consumatore non solo dovrà dimostrare l'effettività del danno concretamente subita ma anche provare la colpevole imputabile condotta del gestore che ha

Nell'ambito dei contratti telefonici, innumerevoli sono stati in questi anni, i casi che hanno portato i giudici di merito a riconoscere il risarcimento dei danni non patrimoniali derivanti agli utenti per l'attivazione di servizi telefonici non richiesti, non solo sul presupposto dell'illiceità del comportamento tenuto dalla compagnia telefonica, in quanto in contrasto con il dettato normativo del Codice del Consumo art. 57 *"Fornitura non richiesta",* ma anche sul presupposto del pregiudizio non patrimoniale patito dagli utenti consistito nell'aver patito un disagio, una frustrazione o uno *stress* legati alla posizione dominante dell'azienda telefonica *"il danno non patrimoniale sofferto da un utente al quale è stato attivato un servizio telefonico non richiesto deve essere riconosciuto come stato di sofferenza e legittima insofferenza in cui l'utente versa, a fronte del comportamento dei soggetti gestori –pubblici o privati – non conforme alle regole della correttezza amministrativa e produttività operativa"*[166].

I bisogni di tutela che in questo modo si è cercato di soddisfare, non sono privi di rilevanza, così che la funzione risarcitoria mira a realizzare un grado maggiore di effettività nella tutela di situazioni di particolare debolezza di uno dei soggetti del rapporto, il consumatore-utente.

Si è da una parte della dottrina osservato che, il danno esistenziale da inadempimento conseguente all'attivazione di servizi telefonici non richiesti, non corrisponda a pieno al modello di applicazione di danni derivanti da perdite non patrimoniali contrattuali.

Infatti la regola di riparazione per perdite non pecuniarie dovrebbe uniformarsi a tre requisiti: informarsi alla regola della prevedibilità del danno ex art. 1225 c.c., includere tutte le situazioni in cui dall'inadempimento derivi un danno ingiusto per

---

provocato il ritardo nella disattivazione del servizio. Ove invece, al contrario, sia dimostrata una causa giustificatrice o il caso fortuito o la forza maggiore lo stesso ente gestore sarà manlevato da qualsivoglia responsabilità risarcitoria, ma non da quella contrattualmente indennitaria.

[166] V. sul punto in particolare, Giudice di Pace di Roma, VII Uff., 20 gennaio 2004, n. 2774, in *Dir. e inf.*, I, 2004, p. 290.

i valori della persona, secondo il combinato disposto dagli art. 2059 c.c. e art. 2 Cost., rispettare il requisito della gravità dell'offesa.

Se per il danno derivato all'utente per l'attivazione di servizi all'inevitabile "fastidio" derivato all'utente, difficile risulta, invece, individuare, sia come possano configurarsi i diritti della persona costituzionalmente protetti, lesi dall'attivazione di servizi telefonici non richiesti, sia, conseguentemente, come si possa quantificare la gravità della lesione stessa.

La figura di danno c.d. esistenziale,[167] conseguente alla mancata possibilità di svolgere attività che, ancorché non remunerative, configurino piacere o benessere

---

[167] Come noto, dottrina e giurisprudenza hanno più volte affrontato la questione della risarcibilità dei danni non patrimoniali ex art. 2059 c.c.
Secondo l'orientamento giurisprudenziale più risalente, l'art. 2059 c.c. andava letto in combinato con quanto disposto dall'art. 185 c.p., conseguentemente si consideravano risarcibili esclusivamente i danni derivanti da fatto-reato, quindi si riconosceva la risarcibilità del solo danno c.d. morale soggettivo, previo positivo accertamento della colpa dell'autore dello stesso, in tal modo intepretando in via restrittiva l'art. 2059 c.c.
Anche la dottrina maggioritaria più risalente, riteneva che art. 2059 c.c. fosse riferibile solo ai danni non patrimoniali in relazione alla sola responsabilità extracontrattuale, negando in tal modo, il riconoscimento di un danno non patrimoniale da inadempimento.
Una parte minoritaria della dottrina, invece, riconosceva l'esistenza del danno non patrimoniale da inadempimento fondandola, però, sui principi regolatori della responsabilità contrattuale.
In particolare è stato affermato che la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento *ex* art. 1218 c.c., si configurerebbe tanto nell'ipotesi di lesione di un diritto della persona costituzionalmente garantito, quanto nel caso di un contratto rivolto a soddisfare in via principale un interesse non economico.
Il criterio di liquidazione del danno, nel primo caso, dovrebbe essere quello equitativo, mentre nel secondo caso, si dovrebbe assumere come criterio di riferimento il corrispettivo della prestazione inadempiuta e quale contenimento della pretesa risarcitoria, il limite oggettivo, sarebbe rappresentato dalla prevedibilità del danno ex art. 1225 c.c.
L'indirizzo prevalentemente condiviso è quello di ricondurre l'analisi interpretativa del danno non patrimoniale da inadempimento alla luce dell'art. 2059 c.c., secondo cui *"il danno non patrimoniale va risarcito nei casi determinati dalla legge, e in ogni caso in cui vi sia lesione di un interesse di rango cosituzionale"* cfr. *ex multis,* Corte Cost. 11 luglio 2003, n. 233, nota di M. BONA, *"Il danno esistenziale bussa alla porta e la Corte Costituzionale le apre (verso il nuovo art. 2059 c.c.)"* in *Danno e resp*., I, 2003, p. 939; nota di G. CIRENTI, "*Una diversa lettura dell' art. 2059 c.c.",* in *Danno e resp*., I, 2003, p. 957; nota di G. PONZANELLI, *"La Corte Costituzionale si allinea con la Corte di Cassazione"*, in *Danno e resp*., I, 2003 p. 962; nota di A. PROCIDA MIRABELLI LAURO, *"Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/03"* in *Danno e resp*., I, 2003, p. 964; Cass. 31 maggio 2003, n. 8828 e n. 8827, nota di F. D. BUSNELLI, *"Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona"* in *Danno e resp*., 2003, p. 827*;* nota di G. PONZANELLI, *"Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione"*, in *Danno e resp*., 2003, p. 829; nota di A. PROCIDA MIRABELLI LAURO, *"L'art. 2059 c.c. va in paradiso"* in *Foro it.*, 2004, I, p. 2272; Cass. 24 ottobre 2003, n. 16004, nota di C. BONA,*"La morte del danno evento"*, in *Foro it.,* 2004, I, p.

per il danneggiato, pur non costituendo per quest'ultimo una "*compromissione dell'integrità psicofisica"*.

L'applicazione di una tale lettura, anche ai rapporti contrattuali e ai danni derivanti dal loro inadempimento, consente di tutelare una serie di interessi che possono comportare un pregiudizio della quotidianità del consumatore.

781; Cass., 12 maggio 2003, n. 7281, nota di E. BARGELLI, *"Danno non patrimoniale ed interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c."*, in *Resp. Civ. e prev.,* 2003, p. 691; nota di MARTINI, *"Ammesso il risarcimento del danno morale anche se non è provata la colpa dell'autore"*, in *Giuda al dir*., 2003, p. 345.

3. Riconducibilità del fondamento normativo del diritto *de quo* all'interno del codice del consumo.

Si può trarre a questo punto una prima conclusione. L'attività di petulanza consistente nel medicare ovvero nel richiedere a terzi un atto di solidarietà ed aiuto, decide, secondo la Corte Costituzionale, della stessa rilevanza penale del fatto. L'attentato alla tranquillità pubblica realizzato da atti di mendacità invasiva connotati da petulanza, cioè rende penalmente illecito ciò che altrimenti sarebbe risolto in una semplice legittima richiesta di solidarietà altrui da parte di chi versa inconsapevolmente in condizioni di bisogno fondata sul sentimento di solidarietà.

Questa conclusione suscita però abbandonando l'abito penalistico, un problema se l'agire con petulanza della stessa rilevanza penale dell'atto di richiesta di altrui aiuto, con conseguente sacrificio della libertà personale, può senz'altro escludersi una responsabilità in sede civile di chi agisca con petulanza a scopo di lucro cioè nell'ambito nell'esercizio della propria attività, cioè, nel compimento di atti di sollecitazione negoziale.

Il problema è quello di analizzare se alla condotta della mendacità invasiva corrisponde una diffusa disapprovazione sociale. Proprio la consapevolezza di ciò che induce a domandarsi se vi siano altri indizi idonei a far ritenere la configurabilità di un danno da petulanza. Proprio in questo contento si colloca la proposta della direttiva del consiglio della Comunità Europea Com-11 21 maggio 1992, riguardante la tutela dei consumatori nei contratti negoziati a distanza. Si tratta di indicazioni ufficiali di grande importanza relative ad una normativa di cui è opportuno individuare preliminarmente l'ambito di applicazione circoscritto nei contratti negoziati a distanza ovvero ad una qualsiasi contratto riguardante bene o servizi concluso previa sollecitazione da parte del fornitore: 1) senza presenza fisica simultanea del fornitore e del consumatore e 2) impiegando una tecnica di comunicazione a distanza per la trasmissione dell'invito a contrarre e dell'ordine. Con riferimento a detti contratti il 4 considerando della proposta ricorda che i punti

18 e 19 dell'allegato alla risoluzione del Consiglio 14 aprile 1975, enunciano, tra l'altro la necessità di proteggere gli acquirenti di beni o di servizi non solo contro richieste di merci non ordinate ma contro i metodi aggressivi di vendita. In relazione a ciò si specifica nell'ottavo considerando della proposta è opportuna riconosce al consumatore un diritto alla tranquillità individuale che prevede eventuali limiti nell'impiego di talune tecniche di comunicazione sulla base in particolare della direttiva relativa alla protezione della persona riguardo all'elaborazione dei dati a carattere personale e alla vita privata. Detta proposta, modificata nel corso del 1993 in poi sfociata nella posizione comune n. 19/95, definita dal Consiglio il 29 giugno 1995 e in fine nella direttiva n. 97/7/Ce il cui considerando 17 così recitava *"Considerando che occorre tenere presenti i principi sanciti dagli art. 8 e 10 della convenzione europea del 4 novembre 1950, per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che occorre riconoscere al consumatore un diritto alla protezione della vita privata, segnatamente per quanto riguarda la tranquillità rispetto a talune tecniche di comunicazione particolarmente invadenti e che occorre pertanto precisare i limiti specifici all'impiego di tali tecniche".* Degno di attenzione appare nel considerando in esame il profilo della evidente autonomizzazione del diritto alla tranquillità individuale, inteso come espressione convenzionale di una esigenza umana di tipo elementare, suscettibile considerazione separata anche eventualmente sul piano risarcitorio. Tale conclusione sembra ricavabile, in particolare, dall'ultima parte del considerando n. 17, laddove si puntualizza *"che gli stati membri dovrebbero adottare opportune misure per proteggere efficacemente da siffatti contatti i consumatori che hanno dichiarato di non voler essere contattati tramite determinate tecniche di comunicazioni, ferma restando la tutela specifica prevista per i consumatori a norma della legislazione comunitaria relativa alla protezione dei dati personali e della vita privata*". Se il prefigurato diritto alla tranquillità individuale necessita di tutela nel caso dei contratti a distanza, dovrebbe apparire evidente l'opportunità di tutelarlo anche nel caso dei

contratti negoziati fuori dai locali commerciali con la presenza simultanea del fornitore del bene o del servizio.

Nel secondo caso, infatti il singolo atto di sollecitazione negoziale di regola consente al fornitore di contare su tempi più ridotti di reazione e di adattamento di fronte alle resistenze della vittima e di avvertire più facilmente il manifestarsi di una situazione di progressiva difficoltà di opposizione e di abbassamento della guardia nell'ambito della dinamica difensiva.

4. Elementi qualificanti il c.d. *"danno da petulanza"*: reiterazione e persistenza della condotta sollecitatoria delle Compagnie telefoniche.

Il danno da petulanza, ove venisse ritenuto, ammissibile, corrisponderebbe alla lesione del diritto alla tranquillità individuale.

Infatti sarebbe poi strano che l'ordinamento attribuisse un tale diritto senza sanzionare poi con l'obbligo risarcitorio, le lesioni dal medesimo arrecate.

Dette lesioni, peraltro, presuppongono naturalmente che la sollecitazione negoziale sia proseguita (attraverso quella reiterazione della condotta in cui si risolve il paradigma della petulanza) nonostante la manifestazione espressa o tacita da parte della vittima, del proprio interesse rispetto al bene o al servizio inerente l'acquisto sollecitato oppure, della propria volontà di non essere sollecitata.

Con riguardo alla nozione di petulanza si ritiene che anche in sede civile, può attribuirsi il significato che a questa espressione è attribuito dalla giurisprudenza in sede penale[168] in relazione all'art. 660 c.p. e che dunque per petulanza debba intendersi un modo di agire pressante, indiscreto ed impertinente, che sgradevolmente interferisca nella sfera della libertà e della quiete delle altre persone.

---

[168] L'art. 660 c.p. titolato *"Molestia o disturbo" statuisce che "Chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono, per petulanza o per altro biasimevole motivo, reca a taluno molesita o disturbo è punito con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda fino a 516 euro"*. Nella generica dizione di cui all'art. 660 c.p. *"col mezzo del telefono"* sono ricomprese, secondo giurisprudenza pacifica, anche le molestie o il disturbo recati con altri mezzi analoghi di comunicazione a distanza, si v., Cass. Pen., sez. IV, 30 giugno 1978, n. 1978, in *Foro it*., 1978, III, p. 450.
Con tale disposizione il legislatore, attraverso la previsione di un fatto recante molestia alla quiete di un privato, ha inteso tutelare la tranquillità pubblica. Il bene – interesse tutelato dall'art. in esame è l'ordine pubblico, pur trattandosi di offesa alla quiete privata. L'interesse privato, dunque, riceve una protezione solo riflessa, cosicchè la tutela penale viene accordata anche senza la volontà delle persona molestata o disturbata, infatti il reato è perseguito anche d'ufficio. Ai fini della sussistenza del reato ex art. 660 c.p., deve considerarsi petulante un atteggiamento *"di insistenza eccessiva e perciò fastidiosa, di invadenza e di intromissione continua ed inopportuna nell'altrui sfera di libertà"* cfr *ex multis* Cass. Pen., 12 giugno 1998, n. 7044, in *Foro it*., 1999, p. 398; Cass. Pen., sez. 1, 3 dicembre 1996, n. 10393, *Giur. pen*., 1997, p. 76; Cass. pen., sez. I, 21 settembre 1993, n. 432, in *Riv. pen.*, 1994, p. 1003.

Quanto all'elemento psicologico, l'autore della sollecitazione, nel caso *de quo* la Compagnia, agirà con dolo verosimilmente specifico,[169] o colpa grave, essendo la condotta petulante voluta non in sé, avvero, per recare fastidio, bensì in quanto diretta a determinare la conclusione del contratto. In ogni caso, la circostanza della esistenza di un preesistente contratto tra utente e la stessa compagnia telefonica avente lo stesso oggetto, non legittima il professionista che è interessato a sollecitare di nuovo ad operare con petulanza, sul presupposto di un preteso interesse implicito da parte del consumatore, alla sollecitazione.[170]

Ove esso venisse ritenuto ammissibile, la sua risarcibilità prescinderebbe dalla circostanza che il contratto cui la sollecitazione accedeva sia stato concluso o meno. Da tale punto di vista, infatti nulla esclude che la tutela del diritto alla tranquillità individuale possa sovrapporsi ai rimedi previsti dalla legge, il rinvio potrebbe essere proprio alla disciplina *ex* art. 57 cod. cons.

Quando una stessa condotta di sollecitazione, per le modalità con le quali è attuata, realizzi la lesione del diritto alla tranquillità individuale, da un lato, e determini la conclusione del contratto, dall'altro lato, gli strumenti di reazione apprestati al consumatore dall'ordinamento giuridico devono essere azionati entrambi onde ristabilire, per quanto possibile, lo *status quo ante*, perché il solo diritto di recesso attribuito dal codice del consumo, *ex* art. 67, vale solo a far cadere il negozio concluso, e quindi eliminare la corrispondente disutilità per il contraente.

---

[169] Anche per la configurabilità della fattispecie di cui all'art. 660 c.p. è richiesto come elemento costitutivo il dolo specifico del soggetto agente, cioè la volontà della sua condotta verso il fine specifico di interferire inopportunamente nell'altrui sfera di libertà, si v. in giurisprudenza Cass. Pen., 3 febbraio 2004, n. 4053, *Foro it*, 2004, I, p. 659. La sussistenza del dolo specifico deve formare oggetto di puntuale motivazione da parte del giudice di merito, cfr., *ex multis,* Cass. Pen., sez. II, 11 giugno 1998, n. 7051, *Nuova giur. Pen. comm.,* 1998, II, p. 459; Cass. Pen., 2 marzo, 1990, n. 2766, *giur. Pen.,* 1990, I, p. 320.

[170] Sul punto si v. L. GAUDINO, "*Suggestione da mass – media e responsabilità civile,* in *"La responsabilità civile. Saggi critici e rassegne di giurisprudenza*" a cura di P. CENDON, Milano, 1988, p. 337. L'Autore sostiene inoltre che il potere di opposizione della vittima è sempre attuale, "*ne sembra al riguardo poter assumere valore alcuno un'eventuale rinuncia espressa."*

Ove si ammettesse la configurabilità del diritto alla tranquillità individuale, lo scioglimento unilaterale del contratto è insufficiente a realizzare anche la riparazione del danno arrecato a detta situazione giuridica soggettiva.

Necessario quindi il ricorso all'azione di risarcimento del danno e prima ancora ove possibile, alla tutela inibitoria, eventualmente *ex* art. 700 c.p.c.

Ove venisse ritenuto ammissibile tale danno, non in tutti i casi le difficoltà relative alla prova sarebbero insuperabili, si pensi ad esempio uno stampo con nome ed indirizzo del destinatario, nelle proposte di vendita via telefax di cui siano stati ricevuti e conservati i riscontri cartacei recanti il numero telefonico dell'apparecchi di provenienza, giunti in un determinato arco di tempo.

Si concretizzerebbe un danno di regola non patrimoniale, la determinazione della misura della quale non potrebbe essere rimessa, in via equitativa, al giudice.

Ci si rende conto della estrema difficoltà di individuare un criterio idoneo ad accertare con sicurezza la ricorrenza di detto danno, ma per converso in molti casi apparirebbe irragionevole escluderne l'astratta configurabilità.

5. Differenza strutturale tra violazione diritto alla *privacy* e diritto alla tranquillità individuale.

L'espressione "*diritto di essere lasciati soli"* ha acquistato nella letteratura giuridica un preciso significato, come sinonimo di diritto alla *privacy*.[171]

Tale diritto è stato concepito, in genere come strumento di difesa contro l'altrui curiosità, ovvero contro l'altrui interesse a sapere, al fine poi di usare l'informazione conosciuta.

In realtà, come ha sottolineato attenta dottrina,[172] la tradizione idiomatica dell'espressione anglosassone *right to be let alone* corrisponde in lingua italiana al "*diritto ad essere lasciati in pace*" che meglio esprime l'ampiezza effettiva dall'interesse all'intimità e alla vita privata. Non vi è alcuna ragione, infatti, di escludere la tutela di tale diritto nei casi in cui il soggetto intenda difendersi contro l'altrui interesse a stabilire, con ostinazione, una relazione negoziale.

---

[171] Il diritto alla *privacy* si è formato ed ha avuto un forte impulso soprattutto negli Stati Uniti d'America tra la metà e la fine del XIX secolo, epoca in cui viene pubblicato, sulla prestigiosa *Harvard Law Review,* l' articolo di S. WARREN e L. BRANDEIS dal titolo*"The right to privacy",* 1890. Il termine *privacy* appare per la prima volta nel caso *Prince Albert* , *"Strange privacy"*, 1849, *1 Mac and G 25, 1 H e TW1*, *Court of Chancery*, il quale illustra che "*la regina Vittoria ed il principe Alberto avevano fatto fare alcune acqueforti raffiguranti i loro figli ed altri soggetti di personale interesse. Un dipendente della casa reale aveva effettuato copie abusive di questi quadretti ed aveva progettato di pubblicarle, unitamente ad un catalogo, per profitto personale. In primo grado l'azione inibitoria contro l'editore era stata accolta e già compare il nome dell'istituto. Il convenuto si appella al Lord Chancelor; ma anche la decisione di Lord Cottenham non gli è favorevole, ritenendosi la violazione non solo del diritto di proprietà dell'autore dei quadri ma anche della tacita intesa di riserbo che deve presumersi intercorrere fra il dipendente ed il ricorrente".* Per una ricostruzione della nascita e dell'evoluzione del diritto alla negli U.S.A., si veda A. CERRI, "*voce Riservatezza - diritto alla. Diritto comparato e straniero"*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 1; A. CATAUDELLA, voce *Riservatezza - diritto alla. Diritto civile*, in *Enc. giur.,* vol. XVII, Roma, 1991, p. 1 ss.; sul tema, cfr., altresì, G. GIACOBBE, "*voce Riservatezza diritto alla"*, in *Enc. del dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 1243. Nella concezione giuridica anglosassone e in particolare nordamericana, il termine *privacy* designa qualcosa di più di un singolo diritto alla personalità, quello che nella nostra lingua potremmo indicare come diritto alla vita privata o diritto alla riservatezza.

[172] Tra gli autori che segnalano una diversa configurazione tra il diritto alla *privacy* e il diritto *"ad essere lasciati in pace*" , si v. in dottrina*,* M. ATELLI,*"Dal diritto ad essere lasciati soli al diritto ad essere lasciati in pace"*, in *Riv. Critica dir. Priv.*, 1997, p. 627 ss.; G. BUTARELLI, *"Banche dati e tutela alla riservatezza",* Milano, 1997, p. 316; R. RISTUCCIA, *"Commento all'art. 13",* in *La tutela dei dati personali. Commentario alla L. 675/1996*, a cura di E. GIANNANTONIO - M. G. LOSANO - V. ZENO ZENCOVICH, Padova, 1997, p. 365.

La dimensione del diritto alla *privacy* appare, sostanzialmente e non infondatamente, legata all'idea dell'inviolabilità del domicilio e della corrispondenza,[173] presupposto su cui originariamente si fondò l'emergere di una rilevanza giuridica della dimensione privata della vita delle persone.

Tale presupposto può ricondursi, anche per la configurazione del diritto *de quo,* ma i due diritti in esame rivestono profili diversi.

La l. 675/1996 pare esprimere una nuova concezione della *privacy* e dell'informazione, sia essa intesa come un qualcosa suscettibile di formare oggetto di diritti, e, dunque, come bene, sia essa semplicemente considerata come notizia relativa ad un soggetto dell'ordinamento o ad un fatto storico, una concezione dinamica in linea con la moderna realtà sociale, economica e soprattutto tecnologica.[174]

La normativa in questione, infatti, non è finalizzata ad assicurare l'assoluta intangibilità delle sfere private individuali, diversamente, disciplina e

---

[173] Sul punto cfr. G.B. FERRI, *"Privacy, libertà di stampa e dintorni",* in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di V. CUFFARO - V. RICCIUTO - V. ZENO ZENCOVICH, Milano, 1998, p. 47.

[174] Nelle relazioni quotidiane indispensabili per la vita moderna ci si trova continuamente a fornire una serie di informazioni ai terzi con i quali si viene in contatto, informazioni che possono poi essere utilizzate in diverso modo da chi le ha raccolte. Volendo utilizzare l'originario termine anglosassone, moltissimi sono i *transactional data* scambiati quotidianamente: basti pensare all'uso di un telefono fisso o mobile, di una carta di credito, di una tessera Bancomat etc. I *transactional data* sono l'ovvio prezzo che si deve pagare per poter vivere nella moderna società, efficacemente sul punto si esprime D. CARUSI, *La responsabilità*, in *La disciplina del trattamento di dati personali*, V. CUFFARO - V. RICCIUTO (a cura di), Torino, 1997, 351 e ss. *"i transactional data sono la contropartita al godimento di determinati beni o servizi, e sono quindi un elemento del nostro essere sociale"*. Una volta che un soggetto abbia fornito un'informazione ad un altro soggetto - per esempio, utilizzando la propria carta di credito per effettuare un pagamento - perde ogni controllo sull'informazione che abbia rilasciato all'esterno, posto che questa, ormai passata sotto la supervisione del terzo, sfugge a qualsiasi controllo del diretto interessato. Fino all'entrata in vigore della legge sul trattamento dei dati personali, qualsiasi soggetto - sostanzialmente senza dover seguire alcuna regola - aveva l'opportunità di raccogliere ogni genere di informazione, di conservarla e di elaborarla per gli scopi che riteneva più opportuni senza dover rendere conto al diretto interessato di questo genere di attività cfr. sul punto S. RODOTÀ, "*La nuova nozione di riservatezza nella disciplina del trattamento dei dati personali"*, in *Dieci lezioni di diritto civile raccolte da* G. VISINTINI, Milano, 2001, p. 59; G. COMANDÈ, "*Art. 18"*, in *Commentario alla l. 31 dicembre 1996, n. 675 (tutela della privacy)*, a cura di C.M. BIANCA - F.D. BUSNELLI, , in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, p. 219.

contempera[175] le diverse (e contrapposte) esigenze dell'operatore del mercato dell'informazione e del soggetto al quale le informazioni si riferiscano, con ciò prendendo atto che la sfera privata individuale può essere tutelata, in certi ambiti,

[175] Con la l. 31 dicembre 1996, n. 675 il legislatore italiano è intervenuto a regolare la materia con una normativa che, seppure sia giunta ad occuparsi del tema della riservatezza con un certo ritardo rispetto ad altri paesi europei, lo fa con un'incisività talvolta sconosciuta ad altri ordinamenti. L'oggetto della disciplina legislativa è, dunque, non la protezione dell'informazione in sé e per sé (ed in quanto appartenente ad un certo soggetto), ma la sua utilizzazione. Tale legge fornisce - forse per la prima volta - un'effettiva tutela rispetto all'utilizzo di quelle informazioni che attengono alla sfera pubblica dell'individuo cfr. G. ALPA, "*La normativa sui dati personali. Modelli di lettura e problemi esegetici"*, in *Dir. inf. e informatica,* 1997, p. 703; R. RISTUCCIA, *"Commento all'art. 13",* in *La tutela dei dati personali. Commentario alla L. 675/1996*, a cura di E. GIANNANTONIO - M. G. LOSANO - V. ZENO ZENCOVICH, Padova, 1997, p. 365. L'art. 3 della citata legge, nel definire l'ambito di operatività della legge in questione, esclude la materia del trattamento dei dati effettuato da persone fisiche per fini esclusivamente personali, sempre che tali dati non siano destinati alla diffusione o ad una comunicazione sistematica. Quando si considera la sfera della riservatezza e la tutela della sfera privata individuale, infatti, si devono prendere in considerazione due differenti tipi di informazioni personali, e cioè quelle puramente private, che attengono alla sfera più intima dell'individuo e quelle che derivano dalla dimensione pubblica del soggetto, si pensi, ad esempio, all'indirizzo della propria abitazione, allo stato civile, alla professione esercitata, etc. Per le informazioni relative alla sfera più intima e riservata dell'indi individuo il nostro ordinamento già prima della l. 675/1996 riconosceva efficaci strumenti di tutela, soprattutto di natura penale, il secondo tipo di informazioni era sostanzialmente privo di una disciplina che ne governasse l'uso e la circolazione. La l. 675/1996, non distinguendo in alcun modo tra informazioni attinenti alla sfera privata e informazioni relative alla sfera pubblica dell'individuo, offre un efficace strumento di tutela pure in relazione a questa seconda tipologia, impedendo che i terzi possano fare un uso indiscriminato di questo genere di dati; in questo senso S. RODOTÀ, "*La nuova nozione di riservatezza nella disciplina del trattamento dei dati personali"*, op. cit., p. 51, il quale rileva che la legge in questione "*ha fatto progressivamente spostare la nozione di privacy dall'idea di essere lasciati soli, a diritto di controllare l'uso che altri facciano delle mie informazioni".* la necessità di sistemare la copiosa produzione legislativa che, in soli sette anni dall'entrata in vigore della previgente legge 31 dicembre 1996 n. 675, si è succeduta in ambito sia nazionale che comunitario trova quale sua *ratio* l'inserimento in un unico *corpus* dell'intera regolamentazione relativa all'uso dei dati personali d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196 denominato «*Codice in materia di protezione dei dati personali»* , in G.U. 29 luglio 2003 n. 174, suppl. ord. n. 123. L'art. 24 del detto Codice, sostituendo l'art. 12 della precedente normativa, ha disciplinato, aumentandoli, i casi di esclusione del consenso. Il concetto di «diritto alla riservatezza» adottato dalla nuova normativa tiene conto non solo del diritto dell'interessato, ma anche di quello del gestore dei dati a poterli lecitamente usare, delle ipotesi di esenzione del consenso, del diritto c.d. «sociale» alla conoscenza di fatti rilevanti ecc. circa i contrapposti interessi in materia telefonica, cfr. A. PALMIERI, "*Telefonia e privacy: il fascino (e i limiti) dell'autodeterminazione dell'utente"*, in *Foro it*., 2005, p. 149. Circa i contrapposti interessi in materia assicurativa, cfr. ROMEO, "*Tutela della privacy e contratto di assicurazione «malattie» alla luce del d. lgs. 30 giugno 2003 n. 196 (c.d. codice della privacy)",* in *Studium iuris*, 2005, 550; ancora, in relazione all'attività giornalistica, cfr. A. PALMIERI, "*Trattamento dei dati personali ed attività giornalistica: la tutela della persona oltre l'onore"*, in *Danno resp*., 2006, p. 612.

unicamente tenendo conto che il soggetto è necessariamente coinvolto in una serie di relazioni sociali, commerciali, giuridiche.

In altre parole, la normativa in materia di *privacy* non rappresenta una legge che disciplina, in generale, il diritto alla riservatezza, alla dignità della persona o il diritto all'identità personale ma, diversamente, sembra rappresentare un provvedimento normativo finalizzato a regolamentare la raccolta e la circolazione dei dati personali, in relazione ad una particolare modalità con la quale può essere leso il diritto alla riservatezza (e non solo quest'ultimo diritto), cioè, attraverso l'attività di raccolta, conservazione, trattamento, utilizzo, comunicazione e/o diffusione.[176]

In realtà, seppure la considerazione risulti per certi aspetti ovvia, è bene non dimenticare che non tutte le illecite violazioni del diritto alla riservatezza rientrano

---

[176] In dottrina si segnalano differenti orientamenti in merito alla diversa configurazione del diritto alla *privacy.* Secondo alcuni autori la legge 675/1996 ha introdotto e disciplinato un *"diritto nuovo e sui generis, il diritto sui propri dati personali, diverso dai tradizionali diritti della personalità"* cfr. sul punto E. GIANNANTONIO, "*Sub art. 1, comma 1°",* in *La tutela dei dati personali. Commentario alla L. 675/1996*, a cura di E. GIANNANTONIO - M. G. LOSANO - V. ZENO - ZENCOVICH, Padova, 1999, p. 44; Diversamente, altri autori sembrano porre maggiormente l'accento sull'aspetto della tutela della persona, G. ALPA, *"La normativa sui dati personali. Modelli di lettura e problemi esegetici"*, cit.,706; S. RODOTÀ, *"Persona, riservatezza, identità*, op. cit., p. 584.; V. COLONNA,"*Il danno da lesione della privacy"*, op. cit., p. 30; altri autori ridimensionano molto la portata normativa della legge sulla privacy e la definiscono *"una legge sulla corretta circolazione dei dati personali"* G. CASSANO - M. DEL VECCHIO, *Diritto alla riservatezza e accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e tecniche risarcitorie*, Milano, 2001, p. 76. Al di là di ogni sua giuridica qualificazione, il diritto alla *privacy*, oggi può essere assurto a diritto della personalità tipizzato e costituzionalmente fondamentale; Intende la riservatezza quale diritto costituzionale, R. RUZZANTE, "*Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione"*, Padova, 2003, p. 181; ancora, G. RESTA, "*Il diritto alla protezione dei dati personali"*, in *Il codice dei dati personali* a cura di F. CARDARELLI, S. SICA e V. ZENO-ZENCOVICH, Milano, 2004, p. 31. La suindicata qualificazione implica che i caratteri tipici dei diritti della personalità, assolutezza, imprescrittibilità, irrinunziabilità e indisponibilità sono ascrivibili anche al diritto alla riservatezza, in tal senso, v. i tra i più recenti testi istituzionali., cfr. "*Diritto privato* a cura di F. BOCCHINI e E. QUADRI, Torino 2006, p. 217; ID, "*Corso di istituzioni di diritto privato",* a cura di PARADISO, Torino, 2006, p. 108. Prova ne è da ultimo, l'introduzione dello stesso nel *"Trattato di Roma"* sottoscritto dagli Stati membri il 29 ottobre 2004 e ratificato dall'Italia con l. 7 aprile 2005 n. 57, "*Ratifica ed esecuzione del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni*", in G.U. 21 aprile 2005 n. 92, il quale, dopo aver stabilito, all'art. I-6, che «*la Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite, prevalgono sul diritto degli Stati membri»,* contempla, nella seconda parte, all'art. II-67, il rispetto della vita privata e della vita familiare e all'art. II-68, la protezione dei dati di carattere personale.

nel campo di applicazione della l. 675/1996, ma solo quelle che siano comprese nella specifica area del "trattamento dei dati personali".

La differenze con il diritto alla *privacy* è apprezzabile anche sul piano strutturale. Per la lesione di quest'ultimo diritto è sufficiente, invero, un solo atto che ad esso arrechi pregiudizio e tale atto si concretizza in una violazione di legge, prima a ancora che violazione del diritto stesso della vittima in questione.[177] Nel caso del diritto alla tranquillità individuale, normalmente, occorre la reiterazione con petulanza, della condotta sollecitoria.

Il profilo discretivo tra il diritto alla *privacy* e diritto alla tranquillità individuale si coglie appieno nella fattispecie dell'attivazione di servizi telefonici non richiesti. Quando manca la richiesta da parte delle Compagnie telefoniche o dei *call center,* del consenso dell' utente necessario per l'attivazione di un servizio non richiesto, molto spesso a monte vi è l'uso illecito dei dati personali del consumatore.

Tale uso illecito è il mezzo fraudolento che consente agli operatori del settore di raggiunge in ogni caso la sfera giuridico - patrimoniale dell'utente ignaro.

Le ripetute violazioni del diritto all'utilizzo lecito e corretto dei dati personali nella prestazione dei servizi di comunicazione elettronica, sono connesse all'indebita attivazione di contratti con nuovi operatori,[178] schede[179] o servizi telefonici aggiuntivi[180] non richiesti dagli interessati.

---

[177] Violazione dell'art. 7 *"diritto di accesso dell'interessato e altri diritti"*, Codice della *privacy*, e delle disposizioni relative al trattamento dei dati personali in specifici settori (art. 46 -140 Codice della *privacy*). L'Art. 15 *Danni cagionati per effetto del trattamento* espressamente sancisce*"1. Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile. 2. Il danno non patrimoniale è risarcibile anche in caso di violazione dell'articolo 11."*

[178] Alcuni dati personali di utenti già abbonati di un gestore di telefonico sono trattati da parte (o per conto) di un altro operatore, senza l'informativa, *ex* art. 13 codice della *Privacy,* e in assenza di un consenso preventivo, *ex* art. 23 stesso codice. Tale trattamento viene effettuato per attivare il servizio di instradamento della linea verso un operatore diverso da quello di origine, tramite selezione automatica, c.d. *carrier pre-selection*; tale fattispecie è già stata descritta nel cap. 1 par. 2, sotto il profilo del mancato consenso dell'utente per la formazione dei tale contratto telefonico.

I rapporti tra gli operatori e i soggetti, c.d. *call center*, incaricati di gestire la vendita di servizi o le attività di informazione e assistenza alla clientela non risultano spesso chiari per quanto riguarda il ruolo che ciascun soggetto svolge rispetto al trattamento dei dati.

Ne discende un quadro complessivo confuso, che rende molto disagevole per gli interessati sia individuare gli autori delle indebite attivazioni delle schede e dei servizi non richiesti, sia porvi rapido rimedio nel rivolgersi ad un titolare o responsabile del trattamento ben individuati.

Gli operatori, quando non gestiscono direttamente in proprio le attività di fornitura di beni, prestazioni e servizi, dovrebbero chiarire sia al proprio interno, sia agli interessati, i ruoli svolti da rivenditori e da altri collaboratori esterni rispetto al trattamento dei dati.

L'eventuale designazione di questi ultimi in qualità di responsabili del trattamento dovrebbe corrispondere alla realtà dei rapporti sul piano rilevante per il trattamento dei dati, ed essere accompagnata da un costante controllo - anche a campione - sull'attività materialmente posta in essere, in particolare da agenti e rivenditori.[181]

---

[179] Tale fattispecie riguarda l'indebito trattamento dei dati di persone nei cui confronti sono attivate a loro insaputa alcune schede di telefonia mobile, a volte anche per ingenti quantità, perfino a centinaia. In alcuni casi il Garante è stato interessato direttamente dall'autorità giudiziaria inquirente in relazione ad indebite attivazioni risultanti da procedimenti penali in corso. gli intestatari vengono a conoscenza dell'attivazione delle schede raramente o tardivamente, e magari solo a seguito di loro richieste di accesso a dati personali rivolte all'operatore. Nel frattempo, le utenze sono a volte utilizzate per attività che comportano conseguenze spiacevoli per gli intestatari; in alcuni casi, questi ultimi si trovano persino sottoposti ad indagini penali che interessano l'intercettazione o il traffico telefonico della scheda falsamente intestata, oppure altre persone che l'hanno utilizzata nel quadro di attività criminose. Alcune false intestazioni risultano infine effettuate utilizzando dati di persone decedute.

[180] I personali di abbonati risultano trattati indebitamente, sempre in assenza sia dell' informativa sia del consenso, anche da parte di operatori diversi da quello che essi hanno prescelto, al fine di attivare servizi di telefonia ulteriori rispetto ad una linea telefonica di base (ad es., servizi di segreteria telefonica, tariffe telefoniche *"flat"* o linee per la navigazione veloce in Internet).

[181] Agenti e rivenditori rivestono la qualità di titolari autonomi del trattamento dei dati utilizzati ai fini dell'attivazione dei servizi quando, in base alle modalità della propria attività, esercitano un potere decisionale reale e del tutto autonomo sulle modalità e sulle finalità del trattamento

Il Garante della *privacy* è intervenuto con un provvedimento *ad hoc* a carattere generale) per regolare il fenomeno relativo all'attivazione dei servizi telefonici non richiesti in relazione all'uso illecito dei dati personali degli utenti e "*al fine di richiamare l'attenzione dei soggetti che trattano dati personali fornendo beni, prestazioni e servizi"*[182] e di impartire loro le prescrizioni necessarie a rendere i trattamenti conformi al Codice della *privacy*. In primo luogo infatti il provvedimento si preoccupa di far rientrare espressamente nella nozione "dati personali" così come prevista dal codice della *privacy*[183] anche i dati trattati nelle cottrattazioni commerciali relativi al settore delle telecomunicazioni non richiesto "*generalità e gli altri dati riferiti agli abbonati e ai titolari di schede prepagate, ivi compreso il loro numero di telefono, in quanto riferiti a soggetti identificati o identificabili, devono considerarsi "dati personali" soggetti alla disciplina del Codice ex art. 4, comma 1, lett. b"*.[184] Inoltre il Garante ha predisposto una tutela di tipo preventiva attraverso i consueti obblighi di informazione nel rapporto tra gestore di telefonia o *call center* e consumatore in relazione alla provenienza e utilizzo dei dati personali e in relazione al soggetto esercente il servizio,[185] sia

---

effettuato nel proprio ambito, cfr. *art. 4, comma 1, lett. f) del Codice della privacy*. In tal caso, essi devono adempiere autonomamente agli obblighi previsti dal Codice, con particolare riferimento a quelli, di informativa, di raccolta del consenso eventualmente necessario e dell'adozione di idonee misure di sicurezza. Gli operatori non possono trascurare comunque l'esigenza di assicurare adeguate verifiche su ogni categoria di figura esterna che, anche in qualità di titolare autonomo del trattamento, possa svolgere un ruolo nell'indebita attivazione di servizi.

[182] *"Trattamento dei dati personali nell'ambito dei servizi telefonici non richiesti"*, 16 febbraio 2006, in G.U. n. 54 del 6 marzo, 2006.

[183] Espressamente il Codice della *privacy* ex art. 4 *"Definizioni"*, circoscrive la nozione di dati *b) "dato personale", c) "dati identificativi", d) "dati sensibili", e) "dati giudiziari".*

[184] Art. 3, del provvedimento in esame: *"tutti i soggetti coinvolti nel loro trattamento dovranno essere tenuti ad assicurare che i dati siano raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, e trattati anche successivamente in modo lecito e secondo correttezza, osservando le disposizioni del Codice e le altre norme rilevanti nel trattamento dei dati".*

[185] *Art. 5. "L'informativa nelle attivazioni di servizi"* "*Chiamate e comunicazioni promozionali volte a realizzare nuove attivazioni di servizi per il tramite di call center possono essere effettuate solo nei confronti dei soggetti di cui si possa disporre lecitamente dei relativi dati personali, rispettando i loro diritti derivanti dalla nuova disciplina degli elenchi telefonici del servizio*

attraverso la previsione dell'adozione di misure di sicurezza in relazione alla raccolta e custodia dei dati personali relativi agli utenti[186] e attraverso la predisposizione di idonee misure organizzative per mettere a disposizione degli interessati modalità semplici per esercitare i propri diritti ***ex*** artt. 7 e 10 del Codice della *privacy*.[187] In conclusione, il consumatore cui sia stato attivato un servizio telefonico non richiesto e senza la richiesta preventiva - da parte dello stesso gestore di telefonia, dei rivenditori o dei *call center* - dell'utilizzo, "trattamento", dei suoi dati personali, potrà per la violazione del suo diritto alla *privacy* , attivare un procedimento mediante ricordo dinanzi al Garante della *privacy*[188] o in via

---

universale o degli elenchi "categorici" Agli interessati deve essere resa o risultare fornita un'informativa idonea, chiara ed efficace, che deve comprendere a norma di legge anche l'indicazione sulla facoltà o meno del conferimento dei dati, le conseguenze del mancato conferimento e le figure del titolare e del responsabile del trattamento Va altresì prescritto ad operatori e gestori di servizi di call center *di indicare con precisione l'origine dei dati già nel corso della chiamata o comunicazione promozionale, permettendo al soggetto contattato di individuare subito il soggetto che ha fornito o che detiene i dati e le sue puntuali coordinate. Ciò, a prescindere da una richiesta del destinatario stesso".*

[186] In base all'art 7. *"La sicurezza dei dati"* sancisce "*oltre all'adozione delle misure minime di sicurezza (artt. 33 e ss. e Allegato B del Codice), i dati personali raccolti lecitamente devono essere custoditi e controllati adottando misure di sicurezza in grado di ridurre al minimo il rischio di accesso non autorizzato o di trattamento non consentito o non conforme alla finalità della raccolta (art. 31 del Codice). Per tutelare gli interessati in caso di contestazione, è altresì necessario che i titolari del trattamento sviluppino o integrino strumenti, anche informatici, in grado di identificare l'incaricato che ha effettuato l'attivazione".*

[187] Art. 8. "*L'esercizio dei diritti" "Nel caso in cui la persona contattata si opponga, anche immediatamente, all'utilizzo dei suoi dati per attivare il servizio proposto e/o per ulteriori promozioni anche di altro tipo, il servizio di* call center *interno od esterno all'operatore deve registrare subito per iscritto la volontà manifestata ed adottare contestualmente idonee procedure affinché tale volontà sia rispettata".*

[188] Art. 145, "*ricorsi"* "1. *I diritti di cui all'articolo 7 possono essere fatti valere dinanzi all'autorità giudiziaria o con ricorso al Garante. 2. Il ricorso al Garante non può essere proposto se, per il medesimo oggetto e tra le stesse parti, è stata già adita l'autorità giudiziaria. 3. La presentazione del ricorso al Garante rende improponibile un'ulteriore domanda dinanzi all'autorità giudiziaria tra le stesse parti e per il medesimo oggetto".*

alternativa, il ricorso dinanzi al giudice ordinario[189] o ricorrere alla tutela amministrativa, mediante reclamo.[190]

---

[189] Art. 152 *"Autorità giudiziaria ordinaria": "1. Tutte le controversie che riguardano, comunque, l'applicazione delle disposizioni del presente codice, comprese quelle inerenti ai provvedimenti del Garante in materia di protezione dei dati personali o alla loro mancata adozione, sono attribuite all'autorità giudiziaria ordinaria. 2. Per tutte le controversie di cui al comma 1 l'azione si propone con ricorso depositato nella cancelleria del tribunale del luogo ove risiede il titolare del trattamento. 3. Il tribunale decide in ogni caso in composizione monocratica. 4. Se è presentato avverso un provvedimento del Garante anche ai sensi dell'articolo 143, il ricorso è proposto entro il termine di trenta giorni dalla data di comunicazione del provvedimento o dalla data del rigetto tacito. Se il ricorso è proposto oltre tale termine il giudice lo dichiara inammissibile con ordinanza ricorribile per cassazione. 5. La proposizione del ricorso non sospende l'esecuzione del provvedimento del Garante. Se ricorrono gravi motivi il giudice, sentite le parti, può disporre diversamente in tutto o in parte con ordinanza impugnabile unitamente alla decisione che definisce il grado di giudizio. 6. Quando sussiste pericolo imminente di un danno grave ed irreparabile il giudice può emanare provvedimenti necessari con decreto motivato, fissando, con il medesimo provvedimento, l'udienza di comparizione delle parti entro un termine non superiore a quindici giorni. In tale udienza, con ordinanza, il giudice conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto. 7. Il giudice fissa l'udienza di comparizione delle parti con decreto con il quale assegna al ricorrente il termine perentorio entro cui notificarlo alle altre parti e al Garante. Tra il giorno della notificazione e l'udienza di comparizione intercorrono non meno di trenta giorni. 8. Se alla prima udienza il ricorrente non compare senza addurre alcun legittimo impedimento, il giudice dispone la cancellazione della causa dal ruolo e dichiara l'estinzione del processo, ponendo a carico del ricorrente le spese di giudizio. 9. Nel corso del giudizio il giudice dispone, anche d'ufficio, omettendo ogni formalità non necessaria al contraddittorio, i mezzi di prova che ritiene necessari e può disporre la citazione di testimoni anche senza la formulazione di capitoli. 10. Terminata l'istruttoria, il giudice invita le parti a precisare le conclusioni ed a procedere, nella stessa udienza, alla discussione orale della causa, pronunciando subito dopo la sentenza mediante lettura del dispositivo. Le motivazioni della sentenza sono depositate in cancelleria entro i successivi trenta giorni. Il giudice può anche redigere e leggere, unitamente al dispositivo, la motivazione della sentenza, che è subito dopo depositata in cancelleria. 11. Se necessario, il giudice può concedere alle parti un termine non superiore a dieci giorni per il deposito di note difensive e rinviare la causa all'udienza immediatamente successiva alla scadenza del termine per la discussione e la pronuncia della sentenza. 12. Con la sentenza il giudice, anche in deroga al divieto di cui all'articolo 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E), quando è necessario anche in relazione all'eventuale atto del soggetto pubblico titolare o responsabile, accoglie o rigetta la domanda, in tutto o in parte, prescrive le misure necessarie, dispone sul risarcimento del danno, ove richiesto, e pone a carico della parte soccombente le spese del procedimento. 13. La sentenza non è appellabile, ma è ammesso il ricorso per cassazione. 14. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche nei casi previsti dall'articolo 10, comma 5, della legge 1° aprile 1981, n. 121, e successive modificazioni."*

[190] Sezione II del codice della privacy, "*Tutela amministrativa"* Art. 142*, "Proposizione dei reclami": "Proposizione dei reclami"1. Il reclamo contiene un'indicazione per quanto possibile dettagliata dei fatti e delle circostanze su cui si fonda, delle disposizioni che si presumono violate e delle misure richieste, nonché gli estremi identificativi del titolare, del responsabile, ove conosciuto, e dell'istante. 2. Il reclamo è sottoscritto dagli interessati, o da associazioni che li rappresentano anche ai sensi dell'articolo 9, comma 2, ed è presentato al Garante senza particolari formalità. Il reclamo reca in allegato la documentazione utile ai fini della sua*

Il procedimento dinanzi al giudice ordinario relativo al risarcimento del danno non patrimoniale per violazione della *privacy* del consumatore/utente avrà come fondamento normativo l' art. 2050 c.c., per espresso rinvio dell'art 7 codice della privacy. [191] Dove vi siano i presupposti della lesione anche del diritto alla

---

valutazione e l'eventuale procura, e indica un recapito per l'invio di comunicazioni anche tramite posta elettronica, telefax o telefono. Il Garante può predisporre un modello per il reclamo da pubblicare nel Bollettino e di cui favorisce la disponibilità con strumenti elettronici".

[191] Il richiamo operato dall'art. 15 d.lgs. n. 196/2003 all'art. 2050 c.c. pone un ulteriore interrogativo e, cioè, se la responsabilità per danni cagionati durante lo svolgimento dell'attività di trattamento dei dati sia o meno oggettiva.
Al riguardo vanno considerati i limiti della prova liberatoria: quest'ultima, difatti, non sarebbe (mai o quasi) consentita secondo una rigorosa applicazione dell'art. 2050 c.c. Il presunto responsabile, difatti, potrebbe discolparsi unicamente provando di aver adottato «tutte le misure idonee a evitare il danno». Ora, è stato al riguardo notato che «*l'adozione di tutti i mezzi astrattamente possibili varrebbe sempre a scongiurare il pericolo»* l'espressione è di G. COMANDÈ, *Tutela della privacy*, in op. cit., 1999, p. 479. La prevalente dottrina, pertanto, ha ravvisato nella responsabilità da attività pericolose una responsabilità oggettiva caratterizzata dalla mancanza non della colpa, ma del nesso di causalità tra attività e danno; cfr. sul punto) M. FRANZONI, *Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*, in *La responsabilità civile* a cura di G. ALPA e M. BESSONE, Torino 1997, p. 462; P. ZIVIZ, "*Le attività pericolose"*, in *Nuova giur. civ. comm*., II, 1988 p. 179.
Tale nesso, atteso il tenore dell'art. 2050 c.c. («tutte le misure idonee»), non sussiste solo nel caso in cui l'evento dannoso si sia verificato in conseguenza di un caso fortuito.
Questa impostazione, condivisa da una parte della dottrina, anche in materia di trattamento dei dati personali, viene criticata da chi, cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile, V. La responsabilità,* Milano 1994, p. 704, viceversa, facendo leva sulla diligenza professionale, non ha inteso discostarsi dal principio della colpa: la responsabilità da attività pericolose viene, così, qualificata come "aggravata" o "presunta".
A ben vedere, non si può condividere la tesi di una generica e semplicistica oggettivizzazione della responsabilità da attività pericolosa, la quale tout court prescinda dall'elemento causale. Una simile impostazione, difatti, porterebbe all'assurdo di dover ritenere responsabile il gestore dei dati per il solo fatto di esercitare una siffatta attività: ciò è palesemente contrario alla lettera dell'art. 2050 c.c.
Se, difatti, la norma prevede una prova liberatoria, devono pure esistere dei casi che esimono da una qualche colpa: in caso contrario, il legislatore non avrebbe prevista alcuna prova, come ad esempio l'art. 2049 c.c. Il gestore, dunque, non potrà essere ritenuto responsabile sia quando il danno è dovuto a caso fortuito (ad esempio, un furto), sia ove egli dimostri di aver ottemperato scrupolosamente a tutte le disposizioni normative.
Resta qualche dubbio circa ulteriori cause esimenti, quali il fatto del terzo o del danneggiato, la forza maggiore, il *factum principis* e la causa ignota.
Riteniamo che queste fattispecie possano tutte considerarsi liberatorie, ma sempre a condizione che il gestore abbia osservato severamente le prescrizioni normative; a condizione, dunque, che il danno si sia prodotto solo ed esclusivamente per il verificarsi dei predetti eventi; in tal senso, cfr. Cass. Civ, 15 aprile 2002, n. 5427, in *Arch. civ*., 2003, p. 226; Cass. Civ.,13 febbraio 1998, n. 1557, *Giust. civ*., I, 1999, p. 249. In caso di coesistenza di cause (ad esempio, il furto di un software non ben custodito) il gestore dovrà, viceversa, ritenersi corresponsabile o responsabile esclusivo per non aver adempiuto, con la diligenza professionale di cui al comma 2 dell'art. 1176 c.c., agli obblighi sanciti dall'attuale normativa. In tal senso cfr. M. COMPORTI, "*Esposizione al pericolo e responsabilità civile"*, Napoli 1965, p. 255, l'autore sostiene che *«la prova liberatoria*

“tranquillità individuale” per la“petulanza” causata dalla fattispecie relativa all’attivazione di un servizio telefonico non richiesto, il risarcimento dei danni non patrimoniali sarebbero nello stesso ricorso ascrivibili ad una diversa voce di danno diverso dal quello determinato dalla violazione del diritto di *privacy*, infatti anche il fondamento normativo sarebbe non il 2050 c.c. ma eventualmente il 2059 c.c.

---

prevista nell'art. 2050 appare meno rigorosa di quella del caso fortuito», potendo il gestore liberarsi *«dimostrando e la propria assenza di colpa, e l'esistenza di una idonea organizzazione tecnica».*

6. Attivazione di un servizio telefonico non richiesto gratuito e sgradito: il c.d. *spamming*. Tra tutela della *privacy* e tutela della tranquillità individuale.

Dal punto di vista meramente giuridico lo *spamming* consiste nell'utilizzo di un dato personale - indirizzo *e-mail*, numero telefonico - senza la necessaria autorizzazione dell'interessato.

La disciplina italiana e comunitaria in materia di *spamming,* imperniata sulla direttiva n. 202/58/CE, è inspirata al principio del c.d. *opt in,* in base al quale i messaggi inviati in base a dispositivi automatici di chiamata possono essere trasmessi solo previo consenso esplicito dei destinatari.[192]

La fattispecie in esame non è stata oggetto di specifica disciplina da parte del Garante della *Privacy*, in quanto può farsi rientrare nella ipotesi disciplinata dall'art. 130 del Codice della privacy, intitolato *"chiamate indesiderate",* inoltre non si esclude l'operatività, anche nell'ipotesi del c.d. *spamming*, del provvedimento del Garante 16 febbraio 2006 relativo al **"***Trattamento dei dati personali nell'ambito dei servizi telefonici non richiesti"*.

La disposizione del Codice della *privacy ex* art. 130, infatti, prescrive che solo con il consenso dell'interessato è possibile l'uso dei sistemi automatizzati di chiamata, senza l'intervento di un operatore[193] per l'invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per compimento di ricerche di mercato.

---

[192] Nella disciplina statunitense, invece, vige il principio dell'*opt out* che impone al destinatario del messaggio indesiderato di attivarsi per manifestare la propria opzione, cfr. sul punto G. PIETROSANTI,*"Spamming: modalità di tutela e risarcimento del danno",* in *Ventiquattrore Avvocato,* n. 10, 2004, p. 40 ss.

[193] Art. 130 Codice della *privacy* titolato "*Comunicazioni indesiderate*". Questa disposizione si applica alle comunicazioni mediante posta elettronica telefax, *sms, msm* o a quelle di altro tipo. Si tratta pertanto, di norma aperta capace di accogliere nel proprio raggio di azione i nuovi mezzi di comunicazione che la tecnologia introduce.

L'*Autority,* inoltre, non ammette l'invio di un messaggio pubblicitario che imponga all'interessato di esercitare attivamente il proprio diritto a non ricevere comunicazioni, con la manifestazione dell'opposizione al messaggio, ad esempio ad un indirizzo di posta elettronica indicato nel messaggio.

Il consenso infatti deve essere accolto senza imporre oneri al destinatario e prima dell'invio del messaggio pubblicitario. In questo modo si vuole pure contrastare la prassi che tenta di eludere i vincoli in materia mediante l'invio di messaggi pubblicitari che indiano un indirizzo, a volte anche fittizio presso il quale si può esercitare l'opposizione.[194]

Il consenso dell'utente[195] da documentare per iscritto, deve essere manifestato liberamente in modo esplicito ed in forma differenziata rispetto alle diverse finalità e alle categorie di servizi e prodotti offerti, prima dell'inoltro dei messaggi.

Tale disciplina non può essere elusa inviando una prima *e-mail***,** che nel chiedere una consenso abbia comunque un contenuto promozionale o pubblicitario, oppure riconoscendo solo un diritto di tipo c.d. *opt out*, al fine di non ricevere più messaggi dello stesso tenore.

Al contrario, sarebbe opportuno seguire la prassi di taluni fornitori, i quali dopo avere ottenuto realmente un valido consenso dei destinatari, ne danno una semplice conferma della ricezione manifestazione ottenuta, attraverso un messaggio volto unicamente ad annunciare il successivo inoltro di materiale pubblicitario.

---

[194] Per il cosiddetto *soft spam* ossia per la comunicazione commerciale rientrante in un rapporto il cliente preesistente alla comunicazione, il legislatore sembra più favorevole in quanto ha adottato una normativa meno stringente. Il comma 4 del predetto articolo 130, ammette infatti, l'utilizzo di coordinate di poste elettronica fornite dall'interessato nel contesto della vendita di un prodotto o di un servizio, senza il consenso dell'interessato, ai fini di vendita diretta di altri prodotti o servizi. Si deve però trattare di servizi analoghi a quelli oggetto della vendita in occasione della quale sono state comunicate le coordinate e l'interessato non deve aver rifiutato che venissero impiegate. L'interessato deve essere informato della possibilità di opporsi in ogni momento al trattamento, in maniera agevole e gratuita.

[195] Così come espressamente previsto dal Garante della *Privacy* un parere generale in materia di comunicazioni indesiderate per posta elettronica datato 29 maggio 2003.

Tale prassi se utilizzata correttamente consente, tra l'altro, di verificare l'effettiva corrispondenza all'indirizzo disposta elettronica, ai soggetti che avevano espresso il consenso nonchè consente di accertare il permanere di tale volontà.[196]

Appare, altresì, conforme al principio di correttezza indicare nell'oggetto del messaggio la sua tipologia principale commerciale.

L'espressione della volontà del messaggio può intervenire anche telefonicamente, purchè sia manifestata al fornitore in modo inequivoco e sia comunque da questi documentata per iscritto conservando una dichiarazione dell'abbonato o dell'intestatario della carta, oppure trascrivendo le dichiarazioni di quest'ultimo, mentre non è ammissibile un obbligo di ricezione dei messaggi pubblicitari assunto con una dichiarazione *standard* nelle condizioni generali dei contratti telefonici.[197]

Per stabilire se è necessaria la manifestazione del consenso dell'utente bisogna avere riguardo al contenuto effettivo del messaggio. Per quanto riguarda la *spamming* mediante *sms* (*short messages system*) la giurisprudenza di merito ha confermato che è da considerasi illegittimo il trattamento di dati personali effettuato da un gestore del servizio di telefonia mobile, il quale invii ad un proprio cliente, titolare di una scheda prepagata o abbonamento, senza il suo consenso e malgrado l'opposizione dallo stesso manifestata, alcuni *sms* contenenti informazioni relative a servizi collegati con l'uso del telefono cellulare che, pur potendo essere abilitati gratuitamente, sono utilizzabili dietro pagamento di un prezzo.

---

[196] Sempre secondo quanto prescritto da suddetto parere, i mittenti dei messaggi devono indicare in modo chiaro la fonte di provenienza del messaggio, nonché il soggetto e l'indirizzo non necessariamente di posta elettronica presso cui i destinatari possano esercitare i loro diritti.

[197] Il garante nel citato provvedimento si è pure pronunciato sull'acquisizione di indirizzi ricevuti da terzi, rilevando che chi acquisisce la banca dati deve accertare che ciascun interessato abbia validamente acconsentito alla comunicazione del proprio indirizzo di posta elettronica a ai fini di invio di materiale pubblicitario; al momento in cui registra i dati deve poi inviare a tutti gli interessati un messaggio di informativa che precisa gli elementi indicati dall'art. 13 codice *privacy,* comprensivi di un riferimento di luogo, e non solo di posta elettronica , presso cui l'interessato possa esercitare i diritti riconosciuti dalla legge.

Tale principio, infatti, non può essere eluso da parte del fornitore con la prospettazione degli *sms* pubblicitari come asseriti "messaggi di servizio".[198]

Il consenso del destinatario del messaggio occorre sia se il fornitore pubblicizza mediante un *sms* un servizio od un prodotto altrui, sia che lo stesso fornitore promuove un servizio o prodotto della propria società.[199]

E' diverso, invece, il caso in un fornitore invii un *sms* per rendere legittimamente noti alcuni eventi legati strettamente al servizio prestato, come ad esempio per la funzionalità del servizio di assistenza o della segreteria telefonica, lo stato della ricezione dei messaggio o dei pagamenti o il blocco della carta. In questo caso l'invio di tali tipo di *sms* non necessita il consenso del utente, in quanto si concretizza una prestaziona da ricollegarsi in capo all'erogatore del servizio in forza del contratto telefonico ed è, dunque, espressione dell'adempimento dello medesimo contratto.[200]

Gli invii di *sms* da parte del professionista, in tali ipotesi, non rientrano nella fattispecie *"chiamate indesiderate" ex* art. 130 codice della *privacy*, ne nella fattispecie dell'attivazione servizio telefonico non richiesto esaminata.

---

[198] Si v. sul punto Trib. di Latina, del 19 giugno 2006, in *Foro it.,* I, 2007, p. 324. La sentenza ha confermato che gli *sms* contenenti informazioni relative a servizi collegati con l'uso del telefono cellulare, ove si tratti di servizi la cui abilitazione è gratuita ma il cui utilizzo comporti il pagamento di un prezzo, costituiscono comunicazione a contenuto commerciale e/o pubblicitario. Cfr. anche Trib. Napoli, 8 luglio 2003, in *Giur. napoletana*, 1, 2003, p. 789, in tale sentenza si afferma chiaramente che *"La clausola, contenuta nel contratto di utenza telefonica, con la quale si riconosce al gestore il diritto di inviare all'abbonato "messaggi di servizio", non legittima il gestore medesimo ad utilizzare gli sms per inviare offerte pubblicitarie."*

[199] Come ad esempio offerte commerciali, servizi aggiuntivi legati alle modalità di gestione dei messaggi, all'offerta di loghi e suonerie, a convenzioni con altre società, a raccolte di punti o a concorsi a premio.

[200] Si segnala al riguardo Giudice di Pace Napoli, 29 settembre 2005, in *Resp. civ. e prev*., 2006, 7-8, p. 1318, "*anche il solo utilizzo del numero telefonico del ricorrente costituisce un trattamento che se non necessario per l'esecuzione del contratto, richiede il preventivo consenso scritto dall'interessato".*

Rispetto alla possibilità di accordare una tutela inibitoria all'utente vittima dello *spamming*, la giurisprudenza non è univoca sul punto. Se da una parte[201] si ritiene inibire l'utilizzazione dei dati personali dell'interessato per finalità estranee all'erogazione del servizio telefonico, la giurisprudenza non sempre ha accordato una tutela inibitoria ex art. 700 c.p.c. [202]

Tale orientamento si basa sulla considerazione che non sempre può ritenersi sussistente il *periculum in mora* atteso che l'utente per far fronte ai lamentati fastidi ben può provvedere alla loro eliminazione cancellandoli dalla memoria del suo cellulare ovvero cambiando il proprio gestore.

E', infatti, possibile oramai attraverso il servizio *number portability* per ciascuno utente il passaggio da un gestore di telefonia mobile ad un altro senza dovere cambiare il proprio numero telefonico, con la conseguenza che alcun pericolo imminente ne irreparabile appare configurabile nella predetta pretesa.

Un aspetto essenziale della disciplina dello *spamming* è il nocumento prodotto all'utente, infatti, rispetto allo stesso si coglie la differenza tra violazione del diritto *privacy* e violazione del diritto "ad essere lasciati in pace".

Sussiste il danno subito dall'utente di un servizio di telefonia mobile che riceva, senza il suo consenso, *sms* di natura commerciale o promozionale, essendo costretto a controllare in continuazione i messaggi pervenutigli e ad eliminare quelli indesiderati, in quanto "*è evidente il danno subito dal ricorrente, costretto a controllare in continuazione il cellulare per i messaggi indesiderati pervenutigli costituisce un'interferenza nella sfera privata del destinatario e una violazione della privacy, specialmente se gestito attraverso sistemi automatici di chiamata che non implicano l'intervento dell'operatore, poiché il destinatario non ha*

---

[201] In merito alla necessità nelle ipotesi di *spamming* cfr. di Trib. di Latina, del 19 giugno 2006, *Foro it.*, 2007, p. 324; Trib. Napoli, 8 luglio 2003, op. ult. cit., 2004, p. 789.

[202] Giudice di Pace di Napoli, 29 settembre 2005, in *Gur. merito*, 2006, 7- 8, p. 13218; Giudice di pace, 26 giugno 2004, in *Foro it.,* 2004, I, p. 2098.

alcuna possibilità di prevenirli e non alcun soggetto identificato al quale inviare la propria opposizione al messaggio".[203]

Anche in questa pronuncia è chiaro come il giudice sotto un'unica voce di danno vi faccia rientrare due categorie di danno, che come abbiamo sostenuto, sono ben distinte e andrebbero risarcite sotto due voci diverse: da un lato violazione del diritto della *privacy*, strettamente inteso, in relazione "*una violazione della privacy, specialmente se gestito attraverso sistemi automatici di chiamata che non implicano l'intervento dell'operatore, poiché il destinatario non ha alcuna possibilità di prevenirli e non alcun soggetto identificato al quale inviare la propria opposizione al messaggio*", e dall'altro violazione del "diritto ad essere lasciati in pace" in relazione al *"danno subito dal ricorrente, costretto a controllare in continuazione il cellulare per i messaggi indesiderati pervenutigli costituisce un'interferenza nella sfera privata del destinatario", "per gli inconvenienti creati dalle perdite di tempo nella tensione derivante dall'interferenze della sfera privata, dalle interruzioni delle proprie abitudini e dalla alterazione della serenità necessaria per svolgere l'attività lavorativa."*[204]

Si è obiettati[205] che se per il garante della *Privacy* anche un solo messaggio, con finalità di *marketing*, può costituire *spamming*, *ex* art. 130 Codice della *Privacy,* a diversa conclusione è arrivato il giudice ordinario.

Tale assunto parte dal rilievo che le corti penali non hanno ritenuto sussistere, in una fattispecie concreta, il nocumento richiesto dalla norma incriminatrice

---

[203] Cfr. Trib. di Latina, del 19 giugno 2006, in *op. ult. cit.,* I, 2007, p. 324. In tale sentenza si asserisce che tale danno riguarda diritti della personalità di rango costituzionale ed è risarcibile invia equitativa. Nella specie, il danno è stato quantificato in via equitativa nella misura di mille euro per ciascuno dei nove messaggi ricevuti. La pronuncia in esame, inoltre, rileva che per effetto dell'art. 15 del predetto Codice, si applica la presunzione di responsabilità ex art. 2050 c.c. che può essere superata dal professionista solo assolvendo l'onere della prova di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno subito dalla controparte, v. *supra* nota 22.

[204] Oltre chiaramente al danno da perdita di *scance* legato alla sospensione delle abitudini di chi riceva un messaggio indesiderato che tra l'altro potrebbe lamentare di non avere potuto ricevere messaggi di altri soggetti perché la memoria del suo telefonino era occupato da quelli indesiderati.

[205] V. G. PIETROSANTI,*"Spamming: modalità di tutela e risarcimento del danno",* in *Contratti,* n. 10, 2004, p. 47.

sostenendo che il nocumento non sia *in res ipsa* nell'invio di messaggio elettronico commerciale, essendosi trattato nel caso di specie di un solo messaggio non ripetuto che non ha provocato un concerto *vulnus* della persona offesa ma una lesione minima della *privacy* che non ha determinato un danno patrimoniale o non patrimoniale apprezzabile relativo all'utilizzo dei dati personali inerenti ad un soggetto senza il suo consenso ha spiegato che per effetto della modifica legislativa alla c.d. legge sulla *privacy* n. 675/1996 apportata dal d.lgs. 193/2003 il reato di trattamento illecito di dati si è trasformato da pericolo presunto a reato di pericolo concreto, conseguentemente affinché la condotta di chi diffonde dati personali altrui sia punibile, è necessario che tale diffusione abbia determinato un danno apprezzabile. In caso contrario la violazione è solo formale e quindi non punibile.

Per quanto riguarda il danno non patrimoniale si può chiedere il risarcimento delle attività compiute, con dispendio di tempo e di energia, per invitare lo *spammer* ad inviare ulteriori messaggi, il rimborso delle spese sostenute per opporsi al trattamento non consentito dei propri dati personali.

Conclusioni

Il lavoro di ricerca ha inteso analizzare il problema relativo alla tutela, da apprestare al consumatore/utente in relazione all' attivazione di un servizio telefonico, non richiesto, sia nella fattispecie onerosa che in quella gratuita.

La problematica, in particolare, si è posta in quanto dall'analisi dalla disciplina di settore e di quella consumeristica, è stata osservata la previsione di una tutela differenziata per l'utente e la previsione di un diverso grado sanzionatorio per la condotta tenuta dal professionista, a seconda che la fornitura del servizio- telefonico- non richiesto, fosse onerosa o meno.

La questione si è posta in relazione al regime applicabile nel caso in cui la fornitura, in ipotesi lecita dunque non vietata, perchè gratuita, risulti in concreto, però, non solo non richiesta ma anche *non gradita* dal consumatore.

Il problema è stato affrontato partendo dall'analisi della disciplina di settore, delibere AgCom, e di quella consumeristica, al fine di individuare la ratio sottesa alla tutela del consumatore, nella disciplina della fornitura di servizi (telefonici) non richiesti .

Sul piano, strettamente consumeristico, si può affermare l'esistenza di una tutela sostanziale, in relazione alla fattispecie generale di fornitura non richiesta.

Si è osservato che la fornitura di "per sè" non richiesta, diviene, però, amministrativamente illecita - *ex* art. 57 cod. cons. comma 1- solo se comporta una controprestazione che possa intendersi come "pagamento", non strettamente innumerario.

Alla luce della disciplina positiva, si è osservato che la *ratio* della tutela apprestata dal legislatore comunitario al consumatore/utente, nell'ipotesi generale di fornitura di un servizio non richiesto, è quella di evitare che il consumatore (utente) sia indotto al pagamento servizi non desiderati o non richiesti a causa dell'erroneo convincimento di esservi giuridicamente tenuto per il solo fatto di

averli ricevuti (talvolta sotto la spinta di pressioni indebite e/o sollecitazioni indesiderate da parte dei prestatori di beni o servizi) o di non averli restituiti. La *ratio* del legislatore comunitario è rivolta essenzialmente, a "*proteggere il consumatore da se stesso*", cioè dalle conseguenze della sua potenziale ignoranza o semplicemente ingenuità di fronte ad abusive e subdole forme di pressione e/o induzioni all'acquisto poste in essere dagli imprenditori.

La condotta del professionista sanzionata dall'art. 57, è l'induzione indebita all'acquisto e non semplicemente l'invio di fornitura sgradita non richiesta.[206]

Il divieto espresso nell'art. 57 cod. cons., comma 1, infatti, trova il suo immediato riferimento normativo nell'art. 62 cod. cons., che ricollega alla violazione della suddetta norma, la sanzione amministrativa pecuniaria.

La condotta del professionista, invece non troverebbe un esplicito divieto nel caso di sollecitazione meramente promozionale e gratuita, in ogni caso *sgradita* dall'consumatore, allorché essa non comporti richiesta di pagamento, nel senso atecnico con cui viene utilizzata questa locuzione.

E' stato dunque necessario individuare una diversa *ratio* che fosse idonea a garantire una tutela uniforme dell'utente nell'ipotesi sia di attivazione di un servizio telefonico non richiesto a titolo oneroso che a titolo gratuito e che sottendesse alla scelta di una sanzione per la condotta del professionista non differenziata, in ipotesi di attivazione di servizio telefonico non richiesto sia a titolo oneroso che gratuito.

L'applicazione del principio dell'intangibilità delle sfere giuridiche individuali sul piano dei principi civilistici, è sembrata la *ratio* che meglio rispondesse alla tutela del consumatore sia nell'ipotesi di attivazione di servizio telefonico non richiesto sia a titolo oneroso che gratuito.

---

[206] La fattispecie *"fornitura non richiesta"* ha trovato disciplina anche all'interno della Direttiva 2005/29 CE 11 maggio 2005, relativa alle *"pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno"*, lista nera -*black list* (allegato 1), *pratiche commerciali in ogni caso sleali*, all'interno dell'elenco delle pratiche commerciali aggressive in ogni caso sleali, n. 7 *"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"*oggi Decreto Legislativo 02/08/2007, n. 146.

Sul piano dei principi consumeristici, invece, è stata individuata come *ratio* la tutela del consumatore contro le aggressioni alla sua "sfera privata" arrecate dall'uso (nello specifico, dall'abuso) di tale pratica commerciale sleale, fornitura non richiesta, il cui fondamento normativo è da ricercare, specificamente nell'art 17 dei *considerando* cod. cons.

Alla luce delle riflessioni svolte nei primi due capitoli, si è passati ad analizzare la problematica relativa al valore giuridico attributo al silenzio serbato dall'utente nella fattispecie fornitura di un servizio telefonico non richiesto, mettendo a confronto la disciplina civilistica con quella consumeristica.

L' art. 57 cod. cons. (testualmente *"in ogni caso la mancata risposta del consumatore non significa consenso"*), può rivestire un significato più pregnante del richiamo della disciplina codicistica, sotto il profilo della tutela serbata al consumatore, se letto quale disposizione che limita l'accesso ai procedimenti "semplificati" di formazione dell'accordo contrattuale.

L'espressione *"in ogni caso"* è stata individuata come nucleo della norma. Tale espressione va intesa nel senso che di qualsiasi natura sia, dunque a titolo oneroso o gratuito, il contenuto della fornitura offerta al consumatore senza suo previo ordine, il silenzio serbato dal consumatore di fronte a questa non può mai valere come consenso.

Un interpretazione della disposizione in esame in tal senso, sortirebbe l'effetto di impedire, in ogni caso, l'utilizzo dello schema contrattuale dell'art 1333 c.c., norma che altrimenti, potrebbe fare concludere che il silenzio, se non interrotto da un rifiuto, impegni contrattualmente l'utente, laddove si tratti di contratto con obbligazione a carico del solo professionista e dunque, essenzialmente, rispetto a servizi offerti a titolo gratuito.

In ultimo è stato affrontato il problema dell'individuazione dei profili patologici applicabili fattispecie *de quo.*

Il problema, in virtù delle riflessioni cui si è giunti nei precedenti capitoli, è stato risolto ricorrendo alla categoria dell'inesistenza: nel caso *de quo*, manca, da

parte di uno dei contraenti, l'utente, qualsiasi partecipazione volitiva (sia sotto la veste di proposta, che di accettazione), manca, dunque, quel nucleo minimo di fatti e/o elementi necessari e/o essenziali per potersi configurare l'esistenza di un contratto.

L'accordo tra compagnia telefonica e utente in merito all'attivazione di un servizio telefonico – non richiesto- è del *tutto inventato* dal primo contraente, dunque l'ipotetico contratto non è nullo per mancanza di uno degli elementi essenziali *ex* 1418 c.c., comma 2, ma è semplicemente insistente. Alla luce delle osservazioni e delle conclusioni cui si è giunti nella trattazione della problematica in esame, si è profilata la possibilità di qualificare il danno non patrimoniale subito dall'utente, come danno da petulanza, come voce del danno esistenziale, proprio in quanto frutto della violazione del diritto alla diritto alla tranquillità individuale, *"The right to be let alone"*, che verrebbe leso dalla compagnia telefonica sia in ipotesi di servizio telefonico non richiesto a titolo gratuito che oneroso.

Bibliografia

A

AA. VV., *Le vendite aggressive,* a cura di JANNARELLI, Napoli, 1995.

AGNINO, *Risarcimento del danno morale riflesso,* in *Danno e resp*., XII, 2002, p. 428.

ALPA G., *Contratti a distanza. Prime considerazioni*, in *Contratti*, 1999, VIII-IX, p. 845 ss.

ALPA G., *La normativa sui dati personali. Modelli di lettura e problemi esegetici*, in *Dir. inf. e informatica,* 1997, p. 357.

ALPA G., *L'autorità per i servizi pubblici e i consumatori*, in *Rass. giur.*, 1996, p. 53 ss.

ALPA G., *Nuove garanzie a tutela del consumatore, Commento alla direttiva 97/7/CE*, in *Contratti*, 1997, p. 421.

ALPA G., *Contratti di massa, profili generali*, in *Enc. dir. Aggion.,* I, 1997, p. 403.

ALPA G., *"Libertà contrattuale e tutela costituzionale*", in *Riv. crit. dir.,* 1994, p. 35.

ALPA G. – ZATTI P., *"Commentario breve al c.c., Leggi complementari",* Padova, 1992, p. 1551.

ASCARELLI T., *"Inesistenza e nullità*", in *Riv. dir. proc.,* 1956, I, p. 61.

ATELLI M., *Dal diritto ad essere lasciati soli al diritto ad essere lasciati in pace*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 623 ss.

ATELLI M., Art. 10, *Chiamate indesiderate*, in *Privacy e telecomunicazioni*, Napoli, 2001, p. 69 ss.

AULETTA F., *Le misure di* altrenative dispute resolution *allo studio del Ministro di Grazia e Giustizia*, in *contratto e Impresa*, 1997, p. 1257.

AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Servizi non richiesti,* in *www.agicom.it*, 10/05/2006.

B

BARBERA A., *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità Garanti,* in AA. VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti,* in *Quad. riv. trim. dir. e proc. civ.* , II, Milano, 1997, p. 89.

BARENGHI M., "*Il danno morale di nuovo alla Consulta tra vecchi problemi e nuove categorie (e nomi)"*, nota a Trib. Roma (ord.), 20 maggio 2002, in *Corr. giur.,* 2002, p. 1331.

BARGELLI E., *"Danno non patrimoniale ed interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c."*, nota a Cass. Civ., 12 maggio 2003, n. 7281, in *Resp. Civ. e prev.,* 2003, p. 691.

BARGELLI E., *"Usi giurisprudenziali dei modelli dottrinali, in materia di danno alla persona (alla luce di una recente ordinanza del Tribunale di Roma)"*, nota a Trib. Roma (ord.), 20 maggio 2002, *Resp. civ e prev.,* 2002, p. 1172.

BASSAN F., *Concorrenza e regolamentazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2002, p. 670.

BATTELLI E., *Servizi di telefonia: violazione della libertà di contrarre e dipendenza economica,* nota a ord. Trib. Trieste 20 settembre 2006, *in Il Corriere del Merito, ,* II, 2007, p. 180 ss.

BENEDETTI A. M., *Offerta di variazione di tariffa di abbonamento telefonico, silenzio del cliente e mancato perfezionamento del contratto*, in *Contratti*, n. 5, 2003, p. 437- 442.

BENEDETTI A. M., *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, p 429 ss.

BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 17 ss.

BESSONE M., *Contratti per adesione e natura ideologica del principio di libertà contrattuale*, in *Saggi di diritto civile*, Milano, 1979, p. 127.

BIANCA C. M., *Diritto civile. Il contratto,* Milano, 2000, p. 613 ss.

BILOTTA F., *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale,* nota a Giudice di pace di Verona, 16 marzo 2000, in *Giur. It.,* 2001, p. 1159.

BITETTO A. L., *All'ombra dell'ultimo sole: il danno morale soggettivo e la sua funzione punitiva,* in *Danno e resp.,* X, 2004, p. 957.

BONA M., *Il danno esistenziale bussa alla porta e la Corte Costituzionale le apre (verso il nuovo art. 2059 c.c.),* nota a Corte Cost. 11 luglio 2003, n. 233, in *Danno e resp*., I, 2003, p. 939.

BUSCA A. M., *Sulle controversie nei confronti dei gestori di telecomunicazioni"*, nota a Giudice di Pace di Taranto, 18 dicembre, in *Giudice di Pace, 2/2005*, III, p. 228.

BUSNELLI F. D., *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona,* nota a Cass. 31 maggio 2003, n. 8828 e n. 8827, in *Danno e resp.,* 2003, p. 827.

BUSNELLI F. D.,*"Interessi della persona e risarcimento del danno"*, in *Riv. trim. dir. civ. proc.*, 1996, p. 15.

C

CAIA G., *Direttiva del presidente del consiglio dei ministri 27 gennaio 1994*, in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari*, diretto da G. ALPA E P. ZATTI, Padova, 1995, p. 205 ss.

CARBONE V., "*Il consenso, anzi i consensi, nel trattamento informatico dei dati personali"*, in *Danno e resp*., 1998, p. 93.

CAJOLA A.- NISSOLINO L.,*Utenti ed aziende telefoniche tra obblighi contrattuali e risarcimento dei non patrimoniali*, in *Guida ad dir. Ventiquattrore Avvocato*, XI, 2005, p. 25.

CAJOLA A- NISSOLINO L., *Le clausole abusive nei contratti,* in *Guida al dir. Ventiquattrore Avvocato*, 2004, p. 159

CANNATA- BARTOLI*, In tema di interessi tutelabili*, nota a Cons. Stato, Sez. IV, 31 ottobre 1992, n.842, in *Giur. It.,* I, 1993, p. 153.

CARINGELLA F., *Il Contratto*, in *Studi di diritto civile*, III, 2003, p. 2297.

CARIOTA L.- FERRARA , *Inesistenza ed invalidità dei negozi giuridici*, in *Foro it*., 1948, IV, p. 33.

CARNELUTTI F., *Inesistenza dell'atto giuridico,* in *Riv. dir. proc*., 1955, I, p. 61.

CASTRONOVO C., *Il danno alla persona tra essere e avere,* in *Danno e resp*., 2004, p. 241.

CASSANO G., *Commercio elettronico e tutela del consumatore",* in *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, a cura di CENDON P., Milano, 2000, p. 69.

CASSINIS P. - STEHMANN O., *La liberalizzazione dei servizi di telecomunicazioni a livello comunitario, con particolare riferimento ai servizi di telefonia vocale,* in *Rass. giur*., 1994, I, 2, p. 25.

CASTRONOVO C., *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio,* in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 143.

CENDON P., *Trattato breve dei nuovi danni,* Padova, 2001.

CENDON P. – ZIVIZ P., *Responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 1005.

CENTRO TUTELA CONSUMATORI UTENTI, *Bisogna pagare i servizi telefonici non richiesti?,* in *www.centroconsumatori.it*, 08/02/2006.

CHINÈ G., *Il diritto comunitario dei contratti,* in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, I, a cura di TIZZANO A, *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE M., XXVI, 2000, p. 623.

CIRENTI G., *Una diversa lettura dell' art. 2059 c.c.,* nota a Corte Cost. 11 luglio 2003, n. 233, in *Danno e resp.,* I, 2003, p. 957.

CLEMENTE DI SAN LUCA G., "*Problematicità dei tratti caratterizzanti e prospettive di caratterizzazione sistematica delle autorità indipendenti",* Torino, 2002, p. 270.

COMANDÈ G., *La rincorsa della giurisprudenza e la (in)costituzionalità dell'art. 2059 c.c.*, in *Danno e resp*., 2003, p. 776.

COMANDÈ G., *Con gli obblighi d'informazione dell'acquirente il rapporto commerciale diventa trasparente,* in *Guida al dir.,* 1999, fasc. 28, p. 22 ss.

COMOGLIO L. P., *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali,* in *Riv. dir. proc.,* 2000, p. 346.

CURIEN N. GENSOLLEN M., *Telecomunicazioni, monopolio e concorrenza,* Bologna, 1997, p. 134 ss..

D

DE CRISTOFARO G., *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore ,* in *Studium iuris*, 1999, p. 1201.

DE MARZO G., *I contratti a distanza,* Milano, 1999, p. 44.

DE NOVA G., *Il contatto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1985, p. 435.

DI BONA DE SARZANA L., *Il danno patrimoniale al "passo di frontiera" tra diritto privato e diritti fondamentali*, in *Diritto privato europeo e diritti fondamentali* , G. COMANDÈ (a cura di), Torino, 2004, p. 247.

DI BONA DE SARZANA L., *Quando il telefono non squilla più: le Corti di merito, i danni micro-esistenziali e nuove funzioni di risarcimento: Un inadempimento e una "minaccia": due esempi di danno esistenziale?,* nota a Giudice di Pace di Roma, n. 11 luglio 2003 e Giudice di Pace di Napoli, 22 settembre 2003, in *Danno e resp*., I, 2004, p. 85 ss.

DI FAZIO E., *Sulla natura del contratto di abbonamento telefonico*, in *Temi rom*., 1972, p. 622.

DI FIORE G., Autorità di Garanzia e interesse pubblico nelle comunicazioni integrate, Napoli, 2002, p. 210.

DI LEGAMI R., Clausole vessatorie nei contratti di telefonia, diritti ed obblighi delle parti, in Ventiquattrore Avvocato. I Contratti, n. 3, 2006, p. 24 ss.

DONA M., *Danno esistenziale da telefono muto,* in *Dir e giust.*, 2003, p. 38 ss.

Dona M., *L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell'allegato I, della direttiva 2005/29/CE,* in *Le pratiche commerciali sleali- direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*. 3*00 Quaderni di Giurisprudenza Commerciale,* a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007, pp. 212.

F

FAVINO L., *La tutela di origine comunitaria dei diritti degli utenti e dei consumatori, impone nei rapporti contrattuali principi di lealtà e trasparenza,* nota a Giudice pace Roma 29 maggio 2000*,* in *Arch. civ.,* 2000, I, p. 1383.

FRANCHI G., *Anche il ritardo accredito di una ricarica telefonica costituisce causa di danno esistenziale*, nota a Giudice di Pace di Casoria, 24 giugno 2004, in *Giudice di pace, 2005,* II, p. 137.

FRANZONI M., *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, in *Corr. Giur*., 2003, p. 1037.

FRATERNALE A., *I contratti a distanza,* Milano, 2002.

FROVA S., *Telecomunicazioni e servizio universale*, Milano, 1999, p. 390.

G

GAFFEO E., *L' Economia del settore delle telecomunicazioni*, in *Economia Industriale*, 2000, p. 55 ss.

GAMBINI C., *Un'analisi del problema di regolamentazione del prezzo di accesso con asimmetria informativa,* in *Rivista Internazionale di Scienze Sociali,* n. 1, 1998, p. 106.

GARANTE PER LA PRIVACY, *Stop ai servizi telefonici non richiesti",* in *www.quotidianonazionale.it,* 2006.

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Servizi telefonici non richiesti: maggiore tutela per i cittadini*, provvedimento del 16/02/06, in *www.filodiritto.it***,** 2006.

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Trattamento dei dati personali nell'ambito dei servizi telefonici non richiesti,* provvedimento 16 febbraio 2006**,** in Gazz. Uff., 6 marzo n. 54, 2006.

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Servizi telefonici non richiesti, il garante suggerisce ai cittadini un promemoria*, in *www.tuttoconsumatori.it,* 08/03/2006.

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Stop ai servizi telefonici non richiesti: per qualsiasi occupazione di servizio occorrerà l'adesione del cliente*, in, www.aziendalex.kataweb.it, 27/02/2006.

GAZZERA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento,* Napoli, 2005, p. 10.

GENOVESE A., voce *Contratto di adesione,* in *Enc. dir.,* X, Milano, 1962.

GIAMPETRAGLIA R.*, art. 64, Esercizio del diritto di recesso"*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. ALPA E L. ROSSI CARLEO, Napoli, 2005, p. 457.

GIAMPICCOLO G, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ*., 1996, p. 778.

GIAMPICCOLO G, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ*., 1958, p. 470.

GIANNELLI F.- MAGLIO M.G., *Il negozio invalido ed il negozio compromesso, con riguardo alla inesistenza, alla nullità all'annullabilità ed alla rescissione,* in *Arch. civ,* 1999, p. 129 ss.

GIOIA G., *Nullità di protezione tra esigenze di mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Giur. It*., 1999, p. 602.

GIULIANO F.*, Il servizio universale, l'elenco abbonati e gli obblighi di cooperazione tra i concorrenti*, Nota a Corte di Giustizia 25 novembre 2004 - causa C 109/03, in *Giorn. Dir. amm.* 2005, fasc. 8, p. 832;

GIULIANTE R., *Tlc: vietato attivare servizi non richiesti,* in *www.normeetributi.it,* 27/02/2000.

GRANIERI M., *Brevi note sulla protezione del consumatore nei contratti a distanza*, nota a Cass. Civ., sez. III, 14 aprile, 2000, n. 4843, in *Foro it.,* 2000, p. 3196.

GUERRIERI C. CIACERI E., *Il contratto di utenza telefonica e contestabilità della bolletta,* in *Dir. e giust.,* 2003, f., 14, p. 81.

I

IRTI N., *Scambi senza accordo,* in *Riv. trim. dir. prc. civ*., I, 1998, 1ss.

IRTI N. , *La nullità come sanzione civile,* in *Contr. impr*., 1987, p. 541.

L

LACAVA C., *L'attuazione della carta dei servizi pubblici*, in *Giorn. Dir. amm.,* 9, 1996, p. 873 ss.

LASAGNO, *La prova del danno esistenziale*, in *Trattato breve dei nuovi danni*, a cura di CENDON, Padova, 2001.

LIVI M. A., *L'attuazione della Direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza,* in *Contratto e impresa Europa*, 1998, p. 1100.

M

MARTINI, *Ammesso il risarcimento del danno morale anche se non è provata la colpa dell'autore*, nota a Cass., 12 maggio 2003, n. 7281, in *Giuda al dir*., 2003, fasc. 22, p. 40.

MARUOTTI L., *La tutela degli interessi diffusi e degli interessi collettivi in sede di giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo; questioni di giurisdizione e selezione dei soggetti legittimati all'impugnazione*, in *Dir. Proc. Amm*.**,** 1992, p. 255.

MATTIACCI A., *Carta dei servizi e managerialità pubblica*, in *Economia e dir. del terziario*, 2, 1997, p. 635.

MAZZONI C. M., *Il silenzio come comportamento modificativo del rapporto contrattule*, in *Giur. It*., I, 1994, p. 1573-1576.

MAZZINI F.,*Contratti a distanza più trasparenti,* in *Guida al dir.*, n. 49, 2007, p. 43 ss.

MAZZINI F., *Via libera ai reclami delle associazioni,* in *Guida al dir.,*, n. 49, 2007, p.47 ss.

MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti,* Bologna, 2000, p. 34

MICALI A., *L'arrivo delle liberalizzazioni ha fatto cadere l'esclusiva,* in *Guida al dir.*, n. 25, 2007, p. 38 ss.

MINERVINI V., *La conciliazione stragiudiziale delle controversie*, Napoli, 2003, p. 25 ss.

MINERVINI V., *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali,* in *Le pratiche commerciali sleali - direttiva comunitaria ed ordinamento italiano,* in 3*00 Quaderni di Giurisprudenza Commerciale,* a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007, pp. 75- 83.

MONTESANO M., *Tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori e dei concessionari dei servizi di pubblica utilità nelle normative sulle clausole abusive e sulle Autorità di regolazione,* in *Riv. dir. proc*., 1997, p. 1 ss.

MORELLI M. R.*, In tema di tutela degli utenti (e dei relativi comitati di difesa?) avverso procedimenti determinativi di tariffe del servizio telefonico,* nota a Cass., Sez. Un., 20 luglio 1983 n. 4992, *in Giust.civ.* 1984, I, p. 207.

MORLOTTI, *Immissioni intollerabili e danno esistenziale,* in *Nuova giur. Civ. comm.,* 2000, I, p. 5956.

MONTANARI M. – BONA M., *Quali periti per il danno esistenziale?,* in *Trattato breve dei nuovi danni*, (a cura di) CENDON, Padova, 2001.

MONTESANO L., *Tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori e dei concessionari di servizi di pubblica utilità nelle normative sulle clausole abusive e sulle autorità di regolazione*, in *Riv. dir. proc*., 1997, p. 12.

MONTESANO L., *Problemi attuali sui limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali ed urgenti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1995, p. 775.

MORELLO U., *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. discipline pirv.*, III, 1988, p. 357.

MOSCHELLA R., *Il negozio contrario a norme imperative,,* in *Legislazione economica*, Milano, 1981, p. 300.

N

NAPOLITANO G., *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato, concorrenze e regole*, 2000, p. 429.

NAVARRETTA E., *Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: dal limite del reato alla soglia della tolleranza,,* nota a Trib. Roma (ord.), 20 maggio 2002, in *Danno e resp.*, 2002, p. 856.

NAVARRETTA E., *Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza*, in *Resp. civ. prev.,* 2001, p. 800.

NAVARRETTA E., *Le nuove leggi civili commentate 1999, tutela della privacy,* Commentario della l. 31 dicembre 1996, n. 375, a cura di F. D. BUSNELLI- C.M. BIANCA, p. 684.

NUZZO M., P*ratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?,* in, *Le pratiche commerciali sleali- direttiva comunitaria ed ordinamento italiano. 300 Quaderni di Giurisprudenza Commerciale,* a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007, pp. 235- 243.

NUZZO M., *Art. 36, Nullità di protezione*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. ALPA E L. ROSSI CARLEO, Napoli, 2005, pp. 251- 274.

NUZZO M., *Condizioni generali di contratto*, in *Dizionario del diritto privato*, a cura di N. IRTI, Milano, 1980, p. 157.

NUZZO M., *Utilità sociale e autonomia privata,* Milano, 1975, p. 456

NUZZO M., *Predisposizione di clausole e procedimento del contratto,* in *Studi in onore di* SANTORO PASSARELLI F., III, Napoli, 1972, p. 549.

P

PALERMO G., *Funzione illecita ed autonomia privata*, Milano, 1970.

PALMIERI A.*, Clienti insoddisfatti e risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali,,* nota a Giudice di Pace di Catanzaro, 3 dicembre 2004, in *Giudice di Pace***,** n. 2, 2005, p. 230.

PALMIERI A., *Telefonia e privacy: il fascino (e i limiti) dell'autodeterminazione dell'utente*, in *Foro it*., 2005, p. 149.

PATTI S., *Silenzio, inerzia e comportamento concludente nella convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, in *Riv. dir. com*., I, 1997, p. 135 ss.

PATTI S., *Le condizioni generali di contratto ed i contratti del consumatore,* in *I Contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, Torino, I, 1999, p. 295.

PEIRA D., *Il silenzio seguito da esecuzione, ha lo stesso valore nella conclusione di un contratto nuovo e nel rinnovo*, *con modifiche di un contratto esistente?*, in *Giur. it.,* I, 1, 1994, p. 1561 ss.

PERFETTI M., *Prime riflessioni sul d. lgs. 22 maggio 1999, n. 185, in materia di contratti a distanza,* in *Nuove leggi civili commentate,* 2000, p. 110.

PIETROSANTI G., *"Spamming: modalità di tutela e risarcimento del danno",* in *Ventiquattrore Avvocato,* n. 10, 2004, p. 40 ss.

PONZANELLI G., *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in *Danno e resp*., I, 2004, p. 6.

PONZANELLI G., *Il quantum del risarcimento del danno non patrimoniale,* in *Danno e resp.*, II, 2004, p. 127.

PROCIDA MIRABELLI LAURO A., *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/03,* nota a Corte Cost. 11 luglio 2003, n. 233, in *Danno e resp*., I, 2003, p. 964.

PUGLIESE F., *Le carte dei servizi. L'autorità di regolazione dei servizi pubblici essenziali. I controlli interni*, in *Riv. trim. app.,* 1995, p. 239 ss.

PUTIGNANI A., *art. 9. Fornitura non richiesta,* in *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza,* a cura di ATELLI M., Torino, 2001, p. 248.

PUTTI P. M., *art. 62. Sanzioni*, in *Codice del consumo. Commentario,* a cura di G. ALPA E L. ROSSI CARLEO, Napoli, 2005, p. 443-450.

R

RABITTI C., *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità,* Roma, 1999, p. 58 ss.

RADICATI L. - RADICATI DI BROZOLO L., *Convergenze e asimmetrie nel nuovo pacchetto delle direttive comunitarie,* relazione presentata al Convegno *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Firenze, 2002.

RESINIK, *Risoluzione alternativa delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nordamericana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1997, p. 699.

RICCI F., *Teleshopping e vendite a distanza nella disciplina delle vendite a distanza,* in AA. VV., *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti,* a cura di G. VETTORI, Padova, 1999, p. 258.

RIZZO V., *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa,* Napoli, 1983.

RODOLFI F., *L'illecito civile e il danno morale:spostamento o crollo del limes?*, in *Corr. Giur.,* 2003, p. 1470.

ROMANO G., *Sul servizio universale nel settore delle telecomunicazioni*, in *Foro Amm.*, 2002, p. 943 ss.

RONCI P., *Note su privatizzazione e liberalizzazione delle "public utilities"*, in *Economia Pubblica*, n. 2, 2003, p. 65.

ROPPO V., *nullità virtuale del contratto (di intermediazione finanziaria),* nota a Cass. Civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 15131, in *Danno e Resp.,* n. 5, 2008, p. 525.

ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma,* in *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, p. 23 ss.

ROPPO V., *Il contratto come accordo: volontà e libertà contrattuale,* in *Il Contratto*, *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2001, p. 24 ss.

ROPPO V., *Contratti standard*, Milano, 1975.

ROSSI CARLEO L., *Art. 5., Obblighi generali*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. ALPA E L. ROSSI CARLEO, Napoli, 2005, pp. 125 - 132.

S

SACCO R., *Consenso, silenzio, e dichiarazione tacita*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da RESCIGNO P., X, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 2002, p. 39 ss.

SANDULLI M., *Art. 39. Regole nelle attività commerciali,* in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. ALPA E L. ROSSI CARLEO, Napoli, 2005, pp. 288- 297.

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile,* Napoli, 1989, p. 242.

SAPPINGTON D. E. M., *Price regulation and Incentives*, Amsterdam, 2002, p. 543.

SARANDREA A., *Art. 62. Sanzioni,* in *Codice del consumo.* L*e fonti del diritto italiano,* a cura di V. CUFFARO coordinatori A. BARBA – A. BARENGHI, Milano, 2006, p. 252- 262.

SIBISÀ G., *Natura e funzione delle carte dei servizi,* in *Economia e dir. del terziario,* n. 2, 1997, p. 881.

SCANNICCHIO N., *Il perfezionamento del contrattato,* in *Diritto privato europeo*, a cura di LIPARI, II, Padova, 1997, p. 567.

SCANNICCHIO N., *Consumatori e conclusione dei contratti a distanza tra ordinamenti nazionali, direttive comunitarie e diritto comparato,* in Riv. *crit. dir. priv.*, 1994, p. 3.

SCARDINO P., *Servizi telefonici non richiesti,* in *www.computerlaw.it,* 02/04/2006.

SCHLESINGER P., *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1964, p. 1345.

SCIULLO G., *Profili della direttiva 27 gennaio 1994 - Principi sull'erogazione dei servizi pubblici*, in *Dir. econ.,* 1996, p. 47 ss.

SILVESTRI E., *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 321.

SIMONE S., *Art. 57. Fornitura non richiesta; Art. 58, Limiti all'impiego di talune tecniche di comunicazioni a distanza,* in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. ALPA E L. ROSSI CARLEO, Napoli, 2005, p. 430- 431.

SOLIMENE L., *Servizio universale, liberalizzazione dei mercati e regolamentazione dei servizi di pubblicautilità*, in *Economia Pubblica*, 2, 2002.

SUPPA P., *Art. 57, Fornitura non richiesta*", ID, *Art. 58. Limiti ad alcune tecniche di comunicazione a distanza*", in *Codice del consumo.* L*e fonti del diritto italiano*, a cura di V. CUFFARO coordinatori A. BARBA – A. BARENGHI, Milano, 2008, p. 304 - 308.

T

TIZZANO A., *L'azione comunitaria nelle telecomunicazioni: interventi recenti e prospettive future,* in *Dir. informatica,* 1998, I, p. 917.

TREROTOLA E., *Riflessioni in tema di inesistenza del negozio giuridico,* in *Giur. merito,* 1994, IV, p. 186.

TRICOMI I., *Un intervento normativo ad ampio raggio per armonizzare le pratiche commerciali,* in, *Guida al dir. Ventiquattrore avvocato,* n. 49, 2007, p. 41 ss.

V

VIOLANTE P., *La valutazione equitativa del danno morale da fatto illecito*, nota a Cass., 9 gennaio, 1998, n. 134, in *Danno e Resp.,* 1998, p. 351.

VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile: fatti illeciti, inadempimento, danno risarcibile*, Padova, 1999.

Z

ZENCOVICH Z., *La tutela costituzionale dell'utente telefonico e i riflessi sui servizi telematici,* nota a Corte Cost., 20 dicembre 1989, n. 1104, nota di, in *Dir. informazione ed informatica***,** 1989, p. 184.

ZENCOVICH Z., *Il diritto europeo dei contratti, verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori"*, in *Giur. It.*, 1993, IV, p. 61.

ZIVIZ P., *L'art. 2059 c.c. verso il giudizio finale?*, nota a Trib. Genova 14 gennaio 2003, *Resp. civ. e prev*., 2003, p. 459.

ZIVIZ P., *Sfera esistenziale della persona e risarcimento del danno,* nota a Trib. Trieste, in, *Resp. Civ. e prev.,* 2000, p. 126.

Giurisprudenza

<u>*Corte Costituzionale*</u>

Corte Cost. 11 luglio 2003, n. 233, in *Danno e resp*., I, 2003, p. 939, con nota di M. BONA, *Il danno esistenziale bussa alla porta e la Corte Costituzionale le apre (verso il nuovo art. 2059 c.c.),*; con nota di CIRENTI G., *Una diversa lettura dell' art. 2059 c.c.*; in *Danno e resp*., I, 2003 p. 962, con nota di PONZANELLI G., *La Corte Costituzionale si allinea con la Corte di Cassazione*; in *Danno e resp*., I, 2003, p. 964, con nota di PROCIDA MIRABELLI LAURO A., *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/03*.

Corte Cost., 22 luglio 1996, n. 293, in *Foro it*. , 1996, I, p. 3297 con nota di DE MARZO.

Corte Cost., 20 dicembre 1989, n. 1104, in *Dir. informazione ed informatica*, 1989, p. 184, con nota di Z. ZENCOVICH, *La tutela costituzionale dell'utente telefonico e i riflessi sui servizi telematici*..

Corte Cost., 17 marzo 1988, n. 303, in *Rep. Giur. It,* 1989, voce *Poste e telegrafi*, n. 4, nota di CARBONI, in *Giur. It.,* 1989, I, 1, p. 1443.

<u>*Consiglio di Stato*</u>

Cons. Stato (Ad. Gen), 17 aprile 1997, n. 59, in *Cons. Stato,* 1998, I, 1850.

Cons. Stato, Sez. VI, 31 ottobre 1992, n. 842, in *Giur. It.,* 1993, 1, p. 15, con nota di CANNADA- BARTOLI, *In tema di interessi tutelabili*.

Cons. Stato, 12 marzo 1990, n. 374, voce *Giustizia Amministrativa*, n. 664, in *Rep. Giur. It.,* 1990.

Cons. di Stato, Sez. VI, 27 maggio 1988, n. 725, voce *Giustizia Amministrativa,* in *Rep. Giur. It.,* 1989, p. 972.

Cassazione Civile.

Cass. Civ., Sez. I, 12 febbraio 2007, n. 11312, in *Guida al dir.*, n. 25, 2007, p. 33, con nota di A. MICALI, *Telecom: il rifiuto di fornire l'elenco abbonati costituisce abuso di posizione dominate.*

Cass. Civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 15131, in *Danno e Resp.,* n. 5, 2008, p. 525, con nota di ROPPO V., *Nullità virtuale del contratto (di intermediazione finanziaria).*

Cass. Civ., Sez III, 1 giugno 2004, n. 10482, in *Danno e resp*., X, 2004, p. 957 con nota di BITETTO, *All'ombra dell'ultimo sole: il danno morale soggettivo e la sua funzione punitiva*; in *Danno e resp*., I, 2003, p. 713, con nota di PONZANELLI G., *Danno non patrimoniale: responsabilità presunta e nuova posizione del giudice civile*; in *Resp. Civ.,* 2003, p. 713, con nota di ZIVIZ P., *E poi non rimase nessuno*.

Cass. 31 maggio 2003, n. 8828 e n. 8827, nota di BUSNELLI F. D., *"Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona"* in *Danno e resp*., 2003, p. 827*;* nota di PONZANELLI G., *"Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione"*, in *Danno e resp*., 2003, p. 829; nota di PROCIDA MIRABELLI LAURO A., *"L'art. 2059 c.c. va in paradiso"* in *Foro it*, 2004, I, p. 2272.

Cass. 24 ottobre 2003, n. 16004, in *Foro it.,* 2004, I, p. 781, con nota di BONA C., *La morte del danno evento*.

Cass., 12 maggio 2003, n. 7281, in *Resp. civ. e prev.,* 2003, p. 691, con nota di BARGELLI E., *Danno non patrimoniale ed interpretazione costituzionalmente*

orientata dell'art. 2059 c.c., in *Giuda al dir*., 2003, p. 344, con nota di MARTINI, *Ammesso il risarcimento del danno morale anche se non è provata la colpa dell'autore.*

Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *resp. civ. e prev*., 2000, p. 923, con nota di ZIVIZ P., *Continua il cammino del danno esistenziale.*

Cass. Civ., 9 gennaio 1998, n. 134, in *Danno e Resp*., 1998, p. 351, con nota di VIOLANTE, *La valutazione equitativa del danno morale da fatto illecito*; in *resp. civ. e prev.,* 1998, p. 1031, con nota di ZIVIZ P., *I criteri di quantificazione del danno morale.*

Cass. Civ., 11 febbraio- 25 novembre 1997, n. 11811, in *Guida al dir*., 1998, p. 58, commento di KRASN.

Cass. Civ., 26 maggio 1989, n. 2555, in *Foro it.,* 1990, I, p. 1946, con nota di VALCAVI.

Cass. Civ., Sez. Un. 20 luglio 1983 n. 4992, in *Giust. civ.* 1984, I, p. 207, con nota di MORELLI M. R.*, In tema di tutela degli utenti (e dei relativi comitati di difesa?) avverso procedimenti determinativi di tariffe del servizio telefonico.*

Tribunale

Trib. Trieste 20 settembre 2006, in *Il Corriere del Merito.,* 2007, fasc. 2, pp. 180 – 189, con nota di BATTELLI E., *Servizi di telefonia: violazione della libertà di contrarre e dipendenza economica*,.

Trib. Bergamo, 24 febbraio 2003, in *Danno e resp.,* 2003, p. 547, con nota di PONZANELLI G, *Non c'è bisogno del danno esistenziale*.

Trib. Genova 14 gennaio 2003, in *Resp. Civ. e Prev*. 2003, p. 179, con nota di NAVARRETTA E., *Il risarcimento del danno esistenziale risarcito ex art. 2059 c.c. e l'adeguamento della norma alla Costituzione*,; in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 459, con nota di ZIVIZ P., *L'art. 2059 c.c. verso il giudizio finale?*

Trib. Roma (ord.), 20 maggio 2002, in *Corr. Giur*., 2002, p. 1331, con nota di BARENGHI, *Il danno morale di nuovo alla Consulta tra vecchi problemi e nuove categorie (e nomi)*; in *Resp. civ e prev.*, 2002, p. 1172, con nota di BARGELLI, *Usi giurisprudenziali dei modelli dottrinali, in materia di danno alla persona (alla luce di una recente ordinanza del Tribunale di Roma)*; in *Danno e resp*., 2002, p. 856, con nota di NAVARRETTA, *Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: dal limite del reato alla soglia della tolleranza* e nota di PONZANELLI, *Art. 2059 c.c. tra esame di costituzionalità e valutazione di opportunità*; in *Resp. Civ. e prev.,* 2002, p. 778, con nota di ZIVIZ P., *La compatibilità costituzionale dell'art. 2059 c.c.: una storia infinita*.

Tribunale Orvieto, 23 novembre 2002, in *Dir. e inf*., 2003, p. 333.

Trib. Roma, 6 dicembre, 2002, in *Resp. Civ. e prev.,* 2002, p. 339.

Trib. Genova, 11 novembre 2002, in *Contratti*, n. 5, 2003, p. 437- 441, con nota di BENEDETTI A. M., *Offerta di variazione di tariffa di abbonamento telefonico, silenzio del cliente e mancato perfezionamento del contratto*.

Trib. Como, 12 ottobre 2001, in *Danno e resp*., XII, 2002, p. 428, con nota di AGNINO, *Risarcimento del danno morale riflesso.*

Trib. Locri, 6 ottobre 2000, in *Danno e resp.,* 2000, p. 393, con nota di BILOTTA F., *Il danno esistenziale: l'isola che non c'era.*

Pret. Salerno, Sez. Eboli, 17 febbraio 1997, in *Giust. civ.,* 1998, I, p. 2037con nota di SAPIO, *Lesione della sfera psico- affettiva e responsabilità contrattuale*.

<u>*Giudice di Pace*</u>

Giudice di Pace di Catanzaro, 3 dicembre 2004, in *Giudice di Pace,* n. 2, 2005, p. 230, con nota di PALMIERI V.*, Clienti insoddisfatti e risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali.*

Giudice di Pace di Taranto, 18 dicembre 2004, in *Giudice di Pace***,** n. 2, 2005, III, p. 228 con nota di BUSCA A. M., *Sulle controversie nei confronti dei gestori di telecomunicazioni.*

Giudice di Pace di Casoria, 24 giugno 2004, in *Giudice di pace*, n. 2, 2005, p. 137, con nota di G. FRANCHI, *Anche il ritardo accredito di una ricarica telefonica costituisce causa di danno esistenziale.*

Giudice di pace di Roma, Sez. IV, 11 luglio 2003, Giudice di Pace di Napoli, 22 settembre 2003, in *Danno e resp*., I, 2004, p. 86 ss, con nota di DI BONA- DE SARZANA, *Quando il telefono non squilla più: le Corti di merito, i danni micro-esistenziali e nuove funzioni di risarcimento. Un inadempimento e una "minaccia": due esempi di danno esistenziale?*

Giudice di pace di Verona, 16 marzo 2000, in *Giur. It.,* 2001, p. 1159, con nota di BILOTTA F., *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale.*

Giudice di pace Roma 29 maggio 2000, in *Arch. civ.,* 2000, I, p. 1383, con nota di L. FAVINO, *La tutela di origine comunitaria dei diritti degli utenti e dei consumatori, impone nei rapporti contrattuali principi di lealtà e trasparenza.*