CAPITOLO SETTIMO

L'ACCORDO TELEMATICO

di

ANDREA GEMMA

CAPITOLO SETTIMO

L'ACCORDO TELEMATICO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Nozioni e categorie: contratti informatici, contratti digitali, contratto telematico. – 3. L'evoluzione del quadro normativo: regole tecniche e disciplina del commercio elettronico. – 4. La formazione del contratto telematico. Il problema dell'accordo. – 5. Digitazione della carta di credito ed inizio di esecuzione. Neorealismo contrattuale ed *idealtypus* della contrattazione telematica. – 6. Altre questioni sulla formazione dell'accordo telematico. – 7. Imputazione ed agenti *software*. – 8. Contratto telematico, condizioni generali, clausole vessatorie e clausole abusive.

1. *Introduzione.*

La descrizione della Rete[1] quale universo virtuale, privo di coordinate spaziali, *non luogo* in cui regna l'anonimato del soggetto e la serialità dei contatti annega la dimensione dell'individuo, ha colpito anche l'immaginario del giurista. Si è avviato un ripensamento di quelle categorie concettuali che, per tradizione, sono state concepite sulla base di presupposti situazionali e che operano mediante processi di astrazione rispetto a dati fenomenici.

Più precisamente, il civilista si è concentrato sulla adeguatezza ed applicabilità alla negoziazioni *on line* dell'*acquis* contrattuale.

Il dibattito è ancora aperto[2], le contrapposizioni sono marcate, la partita si gioca sul terreno del riconoscimento o meno al «diritto della Rete»

[1] Con il termine «Rete» si allude, naturalmente, al *network* Internet. Per una esauriente illustrazione si veda PASCUZZI, Internet, *Digesto, sez. civ.,* Agg., Torino, 2000, 531.

[2] RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 9 ss. l'illustre Autore osserva che i criteri tradizionali e le ricette conosciute risultano improponibili davanti alle innovazioni tecnologiche ed ai conseguenti mutamenti sociali, sicché «occorrono analisi, ricognizioni puntuali delle nuove questioni, prima di correre verso soluzioni frettolose e inefficienti».

di specificità tali da necessitare di una disciplina *ad hoc*, più acconcia a fenomeni e meccanismi fortemente decontestualizzati[3].

Tuttavia, a dispetto delle divergenze in materia, un punto cardine è segnato. Sia i filosofi della scienza[4] sia i giuristi[5] concordano nell'ascrivere alla nozione di autoresponsabilità[6] ed alla tutela dell'affidamento il ruolo di principi guida nella costruzione delle regole applicabili ai rapporti *on line*.

Il processo di spersonalizzazione dei rapporti, e la conseguente oggettivazione del contratto, già maturato con la contrattazione di massa, trova il suo compimento nella negoziazione telematica, vieppiù, quando essa opera tramite agenti *software*, vale a dire programmi automatici che concludono contratti tra macchine senza il monitoraggio dell'individuo[7].

L'utilizzo dell'informatica, di Internet e della telematica[8] per la conclusione di contratti incide sulle situazioni soggettive delle parti che sopportano un inedito fattore di rischio – non più, come in passato, dipendente

[3] La letteratura sulla «legge di Internet» è sterminata. Per una prima indicazione della produzione in materia si rinvia a Finocchiaro, *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in *Il contratto telematico*, a cura di Ricciuto e Zorzi, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 2001, 15 ss., in particolare, 39-45 e le note di testo *ivi* indicate. Per una trattazione di carattere generale si veda Giannantonio, *Manuale del diritto dell'informatica*, Padova, 1997; Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Bologna, 2002.

[4] H. Jonas, *Das Prinzip Verntwortund, Versuch einer Ethik für die technologiesche Zivilisation*, Frankfurt, 1979, trad. it. di P. Rinaudo, *Il principio resposabilità. Un'etica per la civilità tecnologica*, Torino, 1990. Per una sintesi ed ulteriori indicazioni bibliografiche Di Ciommo, *Internet e crisi del diritto privato: tra globalizzazione, dematerializzazione e anonimato virtuale*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 117 ss.

[5] Clarizia, *Informatica e conclusione del contratto*, Milano, 1985, l'Autore preconizzò il ruolo del principio di buona fede e delle sue articolazioni – come il principio di autoresponsabilità, la tutela dell'affidamento ed il principio dell'apparenza imputabile – quali cardini della materia in analisi. In quel contesto storico, quando ancora non era stata elaborata la disciplina del documento informatico e delle firme elettroniche, il tema principale, oltre alla questione della forma elettronica, era quello dell'imputazione della dichiarazione informatica, priva di sottoscrizione, e la tutela della parte che su tale dichiarazione, così come oggettivata nella sua trasmissione elettronica, fa affidamento. La soluzione veniva rintracciata nel principio di autoresponsabilità, che bilanciava il rischio connesso all'utilizzo del mezzo informatico, e nell'apparenza imputabile, su cui aveva fatto affidamento la controparte. A distanza di anni, tali intuizioni mantengono validità e si trovano ribadite in Clarizia, *Il commercio elettronico: gli aspetti giuridici generali e le problematiche contrattuali*, *Riv. not*., 1999, I, 1437; Id., *I contratti su Internet*, *Scritti in memoria* di M. Buoncristiano, I, Napoli, 2002,

[6] Barcellona, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1977, in una riflessione antecedente all'avvento della Rete, aveva già compiutamente descritto il ruolo e la funzione del principio dell'affidamento nell'economia capitalistica.

[7] Sul punto si rinvia al § 7.

[8] Frosoni, *Telematica ed informatica giuridica*, *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 60, definisce la telematica come la metodologia di trasmissione a distanza del pensiero mediante l'utilizzo di un linguaggio computerizzato che veicola informazioni automatizzate.

dalla natura dell'affare o dall'affidabilità del contraente – quanto, piuttosto, intimamente connesso al mezzo di conclusione dell'affare ed alle sue qualità e, quindi, alla tecnologia.

Il rapporto tra tecnologia e contratto postula regole di governo, che vanno ben oltre le prescrizioni tecniche, in grado di misurare il *trade-off* tra l'apparenza, generata dal linguaggio simbolico della Rete, e la sostanza delle relazioni economiche, valutando non solo le ricadute a livello globale, ma anche la coerenza del sistema e la certezza dei rapporti.

2. *Nozioni e categorie: contratti informatici, contratti digitali, contratto telematico.*

La continua evoluzione dei fenomeni generati dall'avvento dei computers nel mondo giuridico non ha ancora consentito l'elaborazione di una precisa tassonomia.

L'informatica giuridica[9], che ha svolto il fondamentale ruolo di apripista nello studio delle problematiche che l'utilizzo del computer consegna al giurista, poggia su di una dogmatica, influenzata dalla logica formale e dalle tendenze oggettivanti tipiche delle scienze esatte, che non può dirsi, ancora, compiuta.

Non potendo in questa sede approfondire i profili di teoria generale, occorre prendere subito in esame le diverse angolazioni dalle quali è stato osservato il rapporto tra contratto e computer: sul piano dell'oggetto, su quello della causa e, ancora, su quello della forma.

In prospettiva definitoria sono state offerte molteplici nozioni con differenti articolazioni ed esiti. Il quadro necessita di alcuni preliminari chiarimenti.

Infatti, se è vero che *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*, le diverse nomenclature utilizzate in materia devono essere attentamente vagliate[10].

[9] Scienza sviluppata in Italia, principalmente, da due studiosi GIANNANTONIO, *Diritto dell'informatica*, Milano, 1997 e da BORRUSO, *Computer e diritto*, Milano, 1988, 265. Quest'ultimo osserva che «Il diritto dell'informatica ci fa comprendere non soltanto quale sia la vera natura e le enormi potenzialità del computer, ma ci fa anche ricercare ed approfondire la vera natura del diritto nel suo insieme, il vero contenuto dei singoli istituti giuridici e la conseguente idoneità, o meno, a regolare in maniera proficua gli slanci del progresso; così l'esperienza informatica si traduce per il giurista in palestra di diritto».

[10] Per un esauriente panorama, si veda SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica. Sistema e prassi*, in *Tratt. dir. comm e dir. pubbl. econ*., diretto da Galgano, Padova, 2006, in particolare, cap. VI, 177 ss.

In un primo momento, quando l'informatica era un oggetto di analisi distinto dalla telematica, si è offerta una nozione di contratto per astrazione dall'oggetto. Al bene informatico (*hardware* o *software*) veniva assegnata una funzione aggregante, di minimo comune denominatore, rispetto a svariate pattuizioni modulate secondo gli schemi tipici della vendita e dell'appalto o quelli atipici della fornitura[11]. Si è parlato, al riguardo, di contratti informatici – che potevano essere accordi in forma scritta ma ad esecuzione informatica, ovvero di contratti integralmente digitali – per, poi, ricavare, in un crescendo di distinzioni analitiche, le sottocategorie dei *computer contracts* e *computer services contracts*[12] od, ancora, le ulteriori classificazioni ancorate alla qualità delle parti ed alla distinzione tra soggetto privato e pubblico nell'utilizzo del computer[13].

Tale operazione classificatoria, sviluppata su di un terreno privo di consistenti dati normativi, pur avendo contribuito a valorizzare i profili funzionali del mezzo informatico, si muove su di un piano meramente descrittivo e non ha contribuito a «sbrogliare la matassa» in punto di disciplina applicabile.

In un secondo momento, l'evoluzione tecnica ha suggerito nuovi distinguo tra contratti digitali, contratti telematici e contratti cibernetici[14]. Funzione selettiva viene assegnata al rilievo che solo i primi costituirebbero il vero e proprio *genus* dei *paperless contract*, essendo stipulati esclusivamente in forma elettronica, mentre i secondi, pur rivestendo detta forma, si caratterizzano per il peculiare utilizzo del *medium* telematico, che pone in collegamento parti tra di loro distanti[15].

[11] Capo, *I contratti ad oggetto informatico*, in *Contratti d'impresa*, a cura di Buonocore e Luminoso, Milano, 1993, II, 2069; Bonazzi e Tiberi, *I contratti dell'informatica*, Milano 1990, 38.

[12] E. Tosi, *I contratti di informatica*, Milano, 1993, 72.

[13] Cardarelli, *Efficienza e razionalizzazione dell'attività amministrativa. I contratti ad oggetto informatico nella pubblica amministrazione*, Camerino, 1996, 37.

[14] Florindi, *Il contratto digitale*, *Dir. inf.*, 1999, 673. Una posizione a sé stante è assunta da E. Tosi, *Contrattazione telematica e conclusione del contratto virtuale, Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale (la nuova disciplina)*, a cura di Rossello, Finocchiaro e E. Tosi, Torino, 2003, 98-104, l'Autore ritiene che debba parlarsi di «contratto virtuale». Quest'ultimo è lo strumento negoziale elettivo per lo sviluppo del commercio elettronico e dell'*e-business* in senso ampio, che si perfeziona mediante l'utilizzo della piattaforma tecnologica del *world wide web* di Internet oppure mediante la posta elettronica. Il contratto virtuale costituirebbe, in rapporto di *species* a *genus*, un'evoluzione della categoria dottrinale dei contratti telematici e si differenzierebbe anche dalla categoria dei contratti conclusi per via elettronica, delineata dalla direttiva 31/2000/CE e dal d.lg. n. 70/2003, in quanto quest'ultima richiama qualsiasi forma di comunicazione elettronica, non necessariamente basata sull'utilizzo di Internet. Caratteristiche del contratto virtuale sono, poi, l'unilateralità della predisposizione e l'asimmetria delle posizioni dei contraenti.

[15] Situazione che non necessariamente ricorre, ad esempio nelle stipulazioni informatiche *inter presentes*.

In tale prospettiva, l'elettronica ed i bit sono il sostrato materiale e, al contempo, la forma del contratto, la telematica è la tecnica di comunicazione a distanza tra i terminali utilizzati dalle parti.

Sennonché, anche in relazione ai contratti telematici sono state articolate delle sottocategorie, distinguendo tra quelli in senso ampio, caratterizzati dalla prestazione di un servizio in via telematica, ed i contratti telematici *stricto sensu*, nei quali il negozio si forma grazie agli impulsi elettronici scambiati tra terminali collegati a distanza[16].

La nozione di contratti cibernetici[17], che morfologicamente non presenta elementi differenziali rispetto a quelli finora illustrati, enfatizza l'intervento, nella fase di formazione del vincolo, del computer, non più in mera prospettiva strumentale, bensì quale fattore incidente sulla volontà negoziale. In particolare, il ricorso all'agente *software* – ovvero un programma che, mediante complessi processi di elaborazione, addiviene alla determinazione di una volontà negoziale artificiale, differenziata da quella del programmatore sebbene non originale, poiché geneticamente predeterminata – innesta un momento di deviazione nella classica linearità del procedimento di produzione-esternazione della volontà negoziale[18]. Invero, l'agente *soft-ware* è dotato di un margine di scelta, a volte anche elevato, nella contrattazione e nella decisione di stipulare o meno il contratto – sempre nell'osservanza degli algoritmi della sua programmazione e della loro combinazione[19] – sicché è pura finzione affermare che lo specifico contratto stipulato dall'agente *software* sia il frutto dell'attuale volontà negoziale dell'utilizzatore del programma, quando quest'ultimo si è limitato ad esprimere, in sede di programmazione, una volontà – per così dire eventuale – in relazione ad una tipologia di contratti aventi le caratteristiche di quello effettivamente stipulato.

Nel contratto cibernetico non sempre sono prevedibili, a monte, i risultati della contrattazione e non è da escludersi che l'agente *software* perfe-

[16] E. Tosi, *op. ult. cit*., 74.

[17] Florindi, *Il contratto digitale*, cit., 688, parla di contrattazione automatizzata avanzata dove il computer non si limita ad eseguire meccanicamente delle disposizioni, ma elaborando tutti i dati in suo possesso, prende una decisione autonoma. Parisi, *Il contratto concluso mediante computer*, Padova, 1987.

[18] Il tema del ruolo giocato dal computer nella formazione della volontà negoziale è già al centro di uno dei primi contributi in materia dove significativamente è analizzato il problema della creazione della volontà negoziale come momento distinto dalla sua esplicitazione ai fini della formazione del vincolo, Clarizia, *Informatica e conclusione del contratto*, cit., in particolare 30 ss.

[19] Per una spiegazione dell'algoritmo come formula matematica con la quale risolvere situazioni negoziali, Parisi, *Il contratto concluso mediante computer*, cit., 5.

zioni dei contratti «non desiderati», vale a dire che la convenzione si riveli non integralmente rispondente alle attese dell'utilizzatore del programma[20].

L'incidenza di tale deviazione dal proposito negoziale originario ed il ruolo giocato dall'agente *software* (temi che saranno oggetto di specifico approfondimento nelle pagine che seguono) sono alla base di una nozione di contratto cibernetico – quale frutto dell'autonomia contrattuale delle parti secondo l'elaborazione automatizzata prodotta dagli agenti *software* – che non è immagine fedele del tradizionale negozio giuridico[21].

Le citate nozioni di contratti digitali, contratti telematici e contratti cibernetici – che hanno tradotto, nel corso del tempo, la tensione di riconvenire il dato esperienziale all'interno di schematismi ordinanti – sono, potenzialmente, destinate a moltiplicarsi con l'avanzamento della tecnica ed, in definitiva, sono espressioni di un pensiero debole, che non ha implicazioni di disciplina e non è in grado di marcare una differenza sul piano della struttura.

Ciò è dovuto, per un verso, al fatto che il giurista ha rincorso la frenetica evoluzione informatica senza un adeguato supporto normativo e, per altro verso, alla circostanza che la disciplina introdotta in materia si è occupata prevalentemente di normare il dato tecnico e di conferire una tutela giuridica ai beni informatici[22]. Si tratta, per l'appunto, di regole di classamento delle tecnologie e dei regimi giuridici del loro utilizzo che hanno marginalizzato l'attenzione sui temi del contratto e sugli specifici negozi che presuppongono tecnologie digitali e telematiche[23].

[20] Clarizia, *Informatica e conclusione del contratto*, cit., 37, osserva che, per quanto articolate e numerose siano le simulazioni, queste non riusciranno mai ad esaurire tutte le possibili operazioni di elaborazione. Sicché, può accadere che il dato elaborato «non corrisponda affatto alla volontà del dichiarante; tutto ciò pur non essendovi divergenza tra volontà e dichiarazione, né errore di programmazione, né errore nell'inserimento dei dati, né malfunzionamento meccanico».

[21] Nervi, *L'impiego del computer nel procedimento di formazione del contratto*, in *Il contratto telematico*, a cura di Ricciuto e Zorzi, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 2002, 111 ss., in particolare, 126-131, l'Autore, ci sembra, vede nella scomposizione delle due fasi di (*i*) dialogo uomo-macchina e (*ii*) dialogo tra macchine, il punto di deviazione dalla dogmatica del negozio giuridico, poiché l'autonomia privata svolge un ruolo limitato alla programmazione della volontà «eventuale», mentre il computer, inverando tale volontà in potenza, domina il profilo della conclusione e, quindi, della determinazione del concreto assetto d'interessi cui dà vita il negozio.

[22] Si tratta di una constatazione e non, certamente, di una giustificazione.

[23] Cfr. in tal senso Sammarco, *I nuovi contratti dell'informatica*, cit., 212-215, in particolare, 214, l'Autore osserva che non si riscontra una normativa che definisca in modo compiuto una figura contrattuale in cui l'informatica o la telematica abbiano carattere essenziale e

Pertanto, nonostante si assista alla produzione di un crescente corpo normativo in materia informatica, il contratto resta privo di una disciplina *ad hoc*, nonostante lo sviluppo tecnologico solleciti interventi di carattere particolare.

È, dunque, preferibile ancorare il ragionamento ad un solo dato strutturale, dacché per tutti i contratti che presuppongono le tecnologie informatiche, in relazione alla fattispecie, è utilmente impiegabile una nozione generale di contratti dell'informatica o informatici, con il solo – ma significativo – distinguo che, ove la fattispecie implichi oltre alla tecnologia informatica anche una trasmissione a distanza tra terminali, la nozione descrittiva di riferimento è quella di contratto telematico. Una simile cautela sul profilo classificatorio[24] tuttavia fa salvo il postulato – maggiormente valorizzato dalla dottrina in materia – secondo il quale il computer non è solo uno strumento di compilazione di un documento destinato ad inverarsi in una materialità cartacea, ma, al contrario, il contratto informatico è tale poiché stipulato solo per il tramite del computer – anche a prescindere dalla telematica –. Esso è un contratto virtuale in senso improprio, per così dire figurativo, ma non in senso formale e nemmeno in senso giuridico, come appresso meglio illustrato[25].

3. *L'evoluzione del quadro normativo: regole tecniche e disciplina del commercio elettronico.*

Si è detto che il contratto telematico non si giova di una disciplina *ad hoc*. Il quadro normativo all'interno del quale rintracciare le regole applicabili è segnato dal diritto comune dei contratti, dal diritto dei consumatori,

caratterizzante, stabilendo precisamente quale sia l'oggetto del contratto, descrivendo la natura del negozio e individuando, nel contempo, i diritti e gli obblighi delle parti contraenti.

[24] Ci appare esprimere una simile cautela classificatoria anche Zeno-Zencovich, *Sul rilievo pratico e sistematico della categoria dei c.d. contratti di informatica*, in *I contratti di informatica: profili civilistici, tributari e di bilancio*, a cura di Alpa e Zeno-Zencovich, Milano, 1987, 31. Di diversa opinione è Sammarco, *I nuovi contratti dell'informatica*, cit., 206 che ritiene configurabile, in ragione del mutato scenario della disciplina dei beni informatici, dell'utilizzo di un linguaggio autoreferenziale nonché della specificità delle componenti tecniche, un'autonoma categoria dei contratti dell'informatica. L'Autore, che fonda la propria conclusione su di una puntuale analisi del dato normativo dei beni informatici, afferma, subito dopo, che i contratti di informatica sono sostanzialmente atipici e richiedono all'interprete di ricavare *aliunde* i profili di disciplina (l'esempio dell'appalto di *software* è significativo), così, implicitamente, confermando la valenza meramente descrittiva della categoria in questione.

[25] *Contra* E. Tosi, *Contrattazione telematica e conclusione del contratto virtuale*, cit. il quale definisce il contratto virtuale secondo quanto indicato alla nt. 14 che precede.

da taluni interventi del settore finanziario ed assicurativo e dalla disciplina, di recente conio, del commercio elettronico (direttiva 2000/31/CE attuata con il d.lg. n. 70/2003). Quest'ultima si presenta come un articolato normativo fin troppo essenziale nei contenuti, che necessita di un puntuale coordinamento con quelle regole che, su base soggettiva od oggettiva, interferiscono con il commercio elettronico.

L'impegno è, dunque, in primo luogo ricostruttivo: si tratta di ricomporre un *puzzle*, ordinando frammenti ed attingendo a diverse fonti. La difficoltà maggiore risiede nel coordinare, secondo criteri di coerenza, principi e regole che ci derivano dai testi comunitari – recepiti con la deprecabile tecnica della «fotocopia» – con il diritto comune.

A livello internazionale (e per quanto si dirà appresso, anche a livello comunitario) la disciplina dell'accordo telematico è assorbita nella regolamentazione del commercio elettronico. Le convenzioni internazionali recano, sostanzialmente, linee guida, secondo le cadenze di una normazione per principi, priva di immediate ricadute precettive.

Alludiamo, in particolare, ai lavori della Commissione di diritto commerciale internazionale delle Nazioni Unite (Uncitral), dell'Organizzazione mondiale del commercio (Omc), della Camera di commercio internazionale (Icc), dell'Organizzazione per la cooperazione economica e lo sviluppo (Ocse), del Consiglio d'Europa, dell'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale (Ompi), che hanno prodotto leggi modello e schemi di regolamentazione del commercio elettronico[26].

[26] L'*Uncitral* (*United Nations Commission on International Trade Law*) già nel 1996 ha elaborato ed approvato una *Model Law on Electronic Commerce*, che introduce principi e criteri generali in materia di commercio elettronico e di scambio di comunicazioni e informazioni in forma dematerializzata (v. ora *Uncitral Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment (1996), with additional article 5*-bis *as adopted in 1998*). Nella riunione tenutasi a New York in data 5-9 maggio 2003, il *Working Group IV* (*Electronic commerce*) dell'*Uncitral*, ha definito una bozza preliminare di convenzione sui contratti internazionali conclusi o provati a mezzo di «data messages» [informazioni generate, inviate, ricevute o archiviate mediante mezzi elettronici, ottici o similari, incluso l'*electronic data interchange* (Edi), posta elettronica, telegramma telelex o telefax]. La Conferenza delle Nazioni Unite per la cooperazione e lo sviluppo economico (Unctad), ha svolto un'attività mirata a favorire l'elaborazione di un quadro regolamentare del commercio elettronico che agevoli l'integrazione e la partecipazione dei Paesi in via di sviluppo al commercio elettronico. In tale ambito si colloca il programma *United Nation Global Eletronic Trade Partnership* volto a facilitare l'ingresso dei Paesi in via di sviluppo nel settore del commercio elettronico mediante rapporti di partnership tra organizzazioni internazionali, Stati e imprese private. Sempre nel quadro della cooperazione e uniformazione internazionale, si segnala l'attività dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (Ocse). Punto di riferimento essenziale di tale attività è stata la conferenza ministeriale tenutasi a Ottawa il 7-9 ottobre 1998, che ha distinto

Questi atti danno comunque corpo ad un *framework* sufficientemente preciso, in relazione agli oggetti di normazione, agli scopi di tutela ed ai rimedi, che gioca un ruolo fondamentale nello sviluppo della disciplina del commercio elettronico.

A livello comunitario, dapprima le raccomandazioni del Consiglio[27] e, poi, diverse direttive si sono occupate – sulle prime *incidenter tantum* e, successivamente, in maniera organica – del commercio elettronico.

A partire dal 1997 si è andato delineando un quadro comunitario di regole base e di scopi di tutela in materia di commercio elettronico[28].

Le tappe maggiormente significative di tale evoluzione sono le seguenti: (*i*) nel 1997 la Commissione comunica «un'iniziativa europea in tema di commercio elettronico» con la quale si prefiggeva, entro il 2000, di fornire

tre aree fondamentali: quella della protezione dei consumatori, quella della protezione della privacy nelle reti globali, ed infine quella della sicurezza delle infrastrutture e delle tecnologie utilizzate, con particolare riferimento alla autenticazione elettronica.

La *Wto* (*World Trade Organization*), il 20 maggio 1998, ha adottato una *Declaration on Global Electronic Commerce*, finalizzata essenzialmente a sollecitare le varie istituzioni che ne fanno parte ad approfondire l'esame dei vari profili di rilievo della materia. Il programma di lavoro del Consiglio generale del Wto prevede discussioni dedicate sui principali temi di interferenza (cross-cutting issues), vale a dire quelle problematiche che possono intersecare diversi accordi del sistema multilaterale, fra i quali la classificazione dei contenuti di certe trasmissioni elettroniche, le implicazioni fiscali del commercio elettronico, i rapporti tra commercio elettronico e forme tradizionali di commercio, la giurisdizione e la legge applicabile.

Va, poi, menzionata la raccolta di usi, definizioni e *best practices* elaborata dalla Camera di commercio internazionale (Icc), *General Usage in international Digitally Ensured Commerce* (Guidec), dell'ottobre 2001, finalizzata a comporre entro un quadro unitario gli elementi chiave del commercio elettronico. Infine, l'Organizzazione Mondiale della Proprietà intellettuale (Ompi), ha sviluppato la materia di nomi a dominio e le problematiche di tutela dei diritti d'autore in Internet.

[27] La raccomandazione 94/820/CE si riferisce agli aspetti giuridici della trasmissione elettronica dei dati e propone un accordo al fine di garantire un approccio uniforme nella risoluzione dei problemi giuridici derivanti dall'uso dell'Edi (*Electronic Data Interchange*), che consente la conclusione di contratti direttamente tra un elaboratore ed un altro, senza l'uso del tradizionale supporto cartaceo. La raccomandazione 97/489 regola le obbligazioni e le responsabilità degli emittenti e dei titolari degli strumenti di pagamento elettronici. Non vanno, peraltro, dimenticate le Comunicazioni della Commissione europea, tra le quali: (i) la COM 96/359 sullo Sviluppo della società dell'informazione, in cui si esorta l'Europa ad avere un ruolo attivo nella standardizzazione e nella promozione del commercio elettronico; (ii) la COM 97/157 che incoraggia la crescita del commercio elettronico attraverso lo sviluppo tecnologico, la pubblicizzazione delle nuove opportunità offerte dall'*e-business*; e la (iii) COM 98/461 in tema di moneta elettronica.

[28] Sebbene si deve ricordare che l'iniziativa comunitaria in materia di commercio elettronico, come per tutte le principali linee direttrici di azione, è sempre strumentale alla piena realizzazione del mercato interno e, quindi, mira ad appianare divergenze, mitigare incertezze ed abbattere gli ostacoli alla libertà di stabilimento ed alla libera circolazione di beni, servizi e capitali.

alla materia un assetto giuridico coerente[29]; (*ii*) il Consiglio Europeo, nella sessione straordinaria tenuta a Lisbona il 23 e 24 marzo 2000[30], ha concordato nuovi obiettivi strategici per l'Unione ed ha assegnato all'informatica un ruolo guida[31] che sollecita l'adozione di normative che accrescano la fiducia dei consumatori nel commercio elettronico; (*iii*) infine, la direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000[32], relativa a taluni aspetti giuridici dei ser-

[29] La COM 97/157, *Un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico*, definisce il «commercio elettronico» come «lo svolgimento di attività commerciali e di transazioni per via elettronica e comprende attività diverse quali: la commercializzazione di beni e servizi per via elettronica; la distribuzione on line di contenuti digitali; l'effettuazione per via elettronica di operazioni finanziarie e di borsa; gli appalti pubblici per via elettronica ed altre procedure di tipo transattivo delle Pubbliche Amministrazioni».

[30] In tale occasione si è avuto modo di delineare gli (ambiziosi) obiettivi dell'Unione Europea per il decennio 2000-2010, ovvero «diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale». Oltre agli obiettivi, poi, veniva individuata una strategia: «Il raggiungimento di questo obiettivo richiede una strategia globale volta a:

– predisporre il passaggio verso un'economia e una società basate sulla conoscenza migliorando le politiche in materia di società dell'informazione e di R&S, nonché accelerando il processo di riforma strutturale ai fini della competitività e dell'innovazione e completando il mercato interno;

– modernizzare il modello sociale europeo, investendo nelle persone e combattendo l'esclusione sociale;

– sostenere il contesto economico sano e le prospettive di crescita favorevoli applicando un'adeguata combinazione di politiche macroeconomiche».

[31] Nelle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Lisbona 2000 si affermava, infatti, che «Il pieno sfruttamento del potenziale elettronico dell'Europa dipende dalla creazione di condizioni favorevoli allo sviluppo del commercio elettronico e di Internet; l'Unione potrà in tal modo stare al passo con i suoi concorrenti grazie al collegamento veloce a Internet di un maggior numero di imprese e di privati cittadini. Le regole del commercio elettronico devono essere affidabili e ispirare fiducia a imprese e consumatori. È necessario intraprendere iniziative per garantire che l'Europa mantenga il suo ruolo guida in settori tecnologici chiave quali le comunicazioni mobili. L'evoluzione rapida della tecnologia potrà richiedere, in futuro, approcci normativi nuovi e più flessibili».

[32] Direttiva «Relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("direttiva sul commercio elettronico")» in *G.U.C.E.* L 178 del 17 luglio 2000, 1. Sul punto, si veda, altresì, COM 2003/702 definitivo Bruxelles, 21 novembre 2003, *Relazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio e al comitato economico e sociale europeo. Prima relazione in merito all'applicazione della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (direttiva sul commercio elettronico*) secondo cui «La direttiva, adottata poco dopo il Consiglio di Lisbona, risulta pienamente coerente con tale obiettivo. Essa elimina gli ostacoli ai servizi transfrontalieri in linea nel mercato interno e fornisce certezza del diritto tanto alle imprese quanto ai cittadini; così facendo potenzia la concorrenzialità dei fornitori europei di servizi oltre a stimolare l'innovazione e la creazione di posti di lavoro. Essa contribuisce parimenti a garantire la libertà d'espressione e dello scambio d'informazioni nell'Unione Europea. La direttiva inquadra in modo agile e flessibile

vizi della società dell'informazione – porta a compimento il percorso e l'*e-commerce*, spogliato dello status di apolidia giuridica cui era affidato, si radica in una disciplina *ad hoc*.

Il legislatore comunitario, consapevole di intervenire in una materia già toccata da precedenti discipline di settore, ha considerato opportuno «data la dimensione globale del commercio elettronico», da una parte, «garantire la coerenza della normativa comunitaria con quella internazionale»[33], dall'altra, lasciare «impregiudicato il livello di tutela» già raggiunto da altre direttive precedentemente intervenute, soprattutto in materia di tutela dei consumatori[34].

La direttiva sul commercio elettronico è, in primo luogo, una normativa di raccordo che si propone di ricomporre un quadro già parzialmente de-

il commercio elettronico sotto il profilo giuridico e prende in considerazione solo gli elementi strettamente necessari per garantire il corretto funzionamento del mercato interno in tale ambito...».

[33] Così il considerando n. 58 della direttiva 2000/31/CE, che prosegue affermando: «La presente direttiva deve far salvi i risultati delle discussioni sugli aspetti giuridici in corso presso le organizzazioni internazionali (tra le altre, Omc, Ocse, Uncitral)».

[34] In particolare il considerando n. 11 della direttiva 2000/31/CE lascia impregiudicate «tra le altre, la direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori a distanza, costituiscono un acquisizione essenziale per la tutela del consumatore in materia contrattuale e devono continuare ad applicarsi integralmente ai servizi della società dell'informazione. Fanno parte dell'*acquis* comunitario anche la direttiva 84/450/CEE del Consiglio, del 10 settembre 1984, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, la direttiva 87/102/CEE del Consiglio, del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, la direttiva 93/22/CEE del Consiglio, del 10 maggio 1993, relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari, la direttiva 90/314/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso", la direttiva 98/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998, relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori, la direttiva 92/59/CEE del Consiglio, del 29 giugno 1992, relativa alla sicurezza generale dei prodotti, la direttiva 94/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 1994, concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili, la direttiva 98/27/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 1998, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, la direttiva 85/374/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1985, relativa al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno dei prodotti difettosi, la direttiva 1999/44/CEE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, la futura direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori e la direttiva 92/28/CE del Consiglio, del 31 marzo 1992, concernente la pubblicità dei medicinali per uso umano (...) La presente direttiva integra gli obblighi di informazione stabiliti dalle suddette direttive e, in particolare, dalla direttiva 97/7/CE».

lineato dalle fonti in precedenza indicate. Tra i principi della direttiva 2000/31/CE gioca un ruolo decisivo, nella materia del contratto, quello sancito dall'art. 9 a mente del quale «gli Stati membri provvedono affinché il loro ordinamento giuridico renda possibili i contratti per via elettronica (...) essi in particolare, assicurano a che la normativa relativa alla formazione del contratto non osti all'uso effettivo dei contratti elettronici e non li privi di efficacia e validità in quanto stipulati per via elettronica».

A ben vedere, il principio di «non discriminazione» era da tempo vigente nel diritto interno, poiché già posto dall'art. 15, 2° co., l. 15 marzo 1997, n. 59 – e dal successivo decreto di attuazione (d.p.r. n. 513/1997), poi trasfuso nell'art. 11 t.u. sulla documentazione amministrativa[35] (d.lg. n. 445/2000, Testo unico sulla documentazione amministrativa) – ed oggi risulta stabilito nel 1° co. dell'art. 20, d.lg. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale) a mente del quale «il documento informatico, da chiunque formato, la registrazione su supporto informatico e la trasmissione con strumenti telematici conformi alle regole tecniche di cui all'art. 71 sono validi e rilevanti agli effetti di legge, ai sensi delle disposizioni del presente codice».

Il riferimento al principio di «non discriminazione» ci consente di completare la descrizione del quadro normativo di riferimento dell'accordo telematico svolgendo qualche breve cenno alle norme sul documento informatico, sulla firma elettronica e sulla firma digitale, che costituiscono l'antecedente logico, e non solo il presupposto tecnico, dell'accordo telematico.

È noto, infatti, che la nozione di "documento informatico" e la definizione di forma digitale che ad esso è connessa – per non dimenticare l'ampia *querelle* sui criteri di imputazione degli atti elettronici – hanno generato quegli interventi normativi di settore che, oggi, regolano anche il contratto telematico.

Il problema della forma elettronica del contratto telematico è stato inizialmente trattato dal legislatore nazionale con la l. 15 marzo 1997, n. 59 c.d. Legge Bassanini, che ha posto la matrice normativa in tema di documento informatico e firma digitale[36]. In particolare, il d.p.r. 10 novembre

[35] Tale disposizione è stata abrogata dal d.lg. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale).

[36] In precedenza, altre previsioni definivano il documento informatico. In particolare, si allude al d.lg. 12 febbraio 1993, n. 39, ove all'art. 3, prevede che «Gli atti amministrativi adottati da tutte le pubbliche amministrazioni sono di norma predisposti tramite i sistemi informativi automatizzati. Nell'ambito delle pubbliche amministrazioni l'immissione, la riproduzione su qualunque supporto e la trasmissione di dati, informazioni e documenti mediante sistemi informatici o telematici, nonché l'emanazione di atti amministrativi attraverso i medesimi sistemi, devono essere accompagnate dall'indicazione della fonte e del responsabile dell'immissione, riproduzione, trasmissione o emanazione. Se per la validità di tali operazioni e degli atti emessi sia prevista l'apposizione di firma autografa, la stessa è sostituita dall'in-

1997, n. 513 «Regolamento contenente i criteri e le modalità per la formazione, l'archiviazione e la trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici» ha finalizzato i criteri della legge delega[37] con una disciplina di dettaglio in tema di documento informatico e firma digitale applicabile sia al settore pubblico che a quello privato[38].

Successivamente, il d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445 recante il «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa»[39] (c.d. TUDA) ha nuovamente ridefinito il quadro, abrogando, tra le altre disposizioni, il d.p.r. n. 513/1997. Anche il t.u. sulla documentazione amministrativa è stato più volte modificato, sia ad opera della normativa di recepimento della direttiva 99/1993/CE[40], di cui al d.lg. 23 gennaio 2002, n. 10, sia dal d.p.r. 7 aprile 2003, n. 137, «Regolamento recante disposizioni di coordinamento in materia di firme elettroniche a norma dell'art. 13, d.lg. 23 gennaio 2002, n. 10».

Una simile alluvione normativa è alla base delle ragioni che hanno prodotto un nuovo consolidamento del quadro giuridico di riferimento. In particolare, con l'art. 10 della legge di semplificazione 2001 (l. 29 luglio 2003,

dicazione a stampa, sul documento prodotto dal sistema automatizzato, del nominativo del soggetto responsabile». In campo penale, si ricorda l'art. 7, l. 23 dicembre 1993, n. 547 (Modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e del codice di procedura penale in tema di criminalità informatica). Infine, la disciplina tributaria più volte intervenuta in tema di tenuta e conservazione delle scritture contabili (tra le altre, l. 8 agosto 1994, n. 489), ha istituzionalizzato la trasmissione telematica di tutte le dichiarazioni fiscali e, da ultimo, regolato la fattura elettronica.

[37] La normativa di attuazione soggiaceva al complesso procedimento di cui agli artt. 14 e 17, l. n. 400/1988, che prevedeva, tra l'altro, il coinvolgimento di organi quali il Consiglio di Stato e la Conferenza Stato-Regioni.

[38] La disciplina in questione è sostanzialmente coeva all'evoluzione normativa che si è compiuta in sede comunitaria con la direttiva 99/1993/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 1999 relativa al quadro comunitario per le firme elettroniche. Detta direttiva, in particolare, poneva agli Stati membri l'obiettivo di agevolare l'uso delle firme elettroniche e contribuire al loro riconoscimento giuridico, senza affrontare le problematiche relative al luogo ed al tempo di conclusione dei contratti informatici e telematici o a quegli aspetti attinenti alla validità dei contratti e/o altri obblighi giuridici.

[39] In *G.U.* 20 febbraio 2001, n. 42, suppl. ord. Si vedano altresì: d.p.c.m. 13 gennaio 2004, *Regole tecniche per la formazione, la trasmissione, la conservazione, la duplicazione, la riproduzione e la validazione, anche temporale, dei documenti informatici* (*G.U.* 27 aprile 2004, n. 98), nonché la deliberazione CNIPA n. 4/2005 del 17 febbraio 2005, su *Regole per il riconoscimento e la verifica del documento informatico* (*G.U.* 3 marzo 2005, n. 51) e la circ. CNIPA 19 giugno 2000, n. 24, su *Art. 16, 1º co., dell'allegato tecnico al d.p.c.m. 8 febbraio 1999, pubblicato sulla G.U. 15 aprile 1999, n. 87 «Linee guida per l'interoperabilità tra i certificatori iscritti nell'elenco pubblico di cui all'art. 8, 3º co., d.p.r. 10 novembre 1997, n. 513»* (*G.U.* 30 giugno 2000, n. 151).

[40] In *G.U.C.E.* 19 gennaio 2000, n. L 13.

n. 229)[41] si è delegato il Governo per l'adozione di «uno o più decreti legislativi (...) per il coordinamento ed il riassetto delle norme in materia di società dell'informazione» volti a regolare «il documento informatico, la firma elettronica e la firma digitale; i procedimenti amministrativi informatici; le modalità di accesso informatico ai documenti e alle banche dati di competenza delle amministrazioni».

Il fine che ha mosso il legislatore delegante alla produzione di una normativa di terza generazione è radicalmente diverso da quello che ha presieduto all'introduzione del t.u. sulla documentazione amministrativa. Si è voluto, in quest'ultima fase, razionalizzare la disciplina della materia, consolidando l'*acquis* e demandando a fonti secondarie (decreti ministeriali) la regolamentazione della base tecnica, al fine di assecondare la continua evoluzione tecnologica.

Il Governo, in attuazione della predetta delega, ha emanato il d.lg. 7 marzo 2005, n. 82, noto come Codice dell'amministrazione digitale, entrato in vigore il 1º gennaio 2006[42].

Attualmente, il Codice dell'amministrazione digitale afferma, all'art. 20, che il documento informatico[43], sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale, formato nel rispetto delle relative regole tecniche, soddisfa il requisito della forma scritta e, sotto il profilo probatorio, ha l'efficacia di cui all'art. 2702 c.c.

Inoltre, sono dettate le seguenti ulteriori nozioni:

– firma elettronica: l'insieme dei dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzati come metodo di identificazione informatica;

[41] La stessa legge conteneva, all'art. 7, la delega al Governo per l'adozione dell'odierno Codice del consumo di cui si dirà appresso.

[42] Pubblicato in *G.U.* 16 maggio 2005, n. 112, suppl. ord. n. 93, aggiornato dal d.lg. 4 aprile 2006, n. 159, pubblicato in *G.U.* 29 aprile 2006, n. 99, suppl. ord. n. 105, *Disposizioni integrative e correttive al d.lg. 7 marzo 2005, n. 82 recante Codice dell'amministrazione digitale*.

[43] Attualmente, la definizione di documento informatico, le prescrizioni sulla forma, la firma digitale e la firma elettronica – a fronte dell'abrogazione della sezione II e V del Capo II del d.p.r. n. 554/2000 – non si rintracciano più nel t.u. sulla documentazione amministrativa, ma nel Codice dell'amministrazione digitale (artt. 20, 21 e 24). In particolare, i commi 1 *bis* e 2 dell'art. 20 affermano: «L'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità, fermo restando quanto disposto dal 2º co. (...) Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche stabilite ai sensi dell'art. 71, che garantiscano l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità del documento, si presume riconducibile al titolare del dispositivo di firma ai sensi dell'art. 21, 2º co., e soddisfa comunque il requisito della forma scritta, anche nei casi previsti, sotto pena di nullità, dall'art. 1350, 1º co., numeri da 1 a 12 del codice civile».

– firma elettronica qualificata: la firma elettronica ottenuta attraverso una procedura informatica che garantisce la connessione univoca al firmatario, creata con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo;

– firma digitale: quel particolare tipo di firma elettronica qualificata, basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico.

Questo, dunque, l'insieme delle nozioni a cui rifarsi anche in relazione al contratto telematico.

Ritornando, ora, allo specifico tema d'analisi, la disciplina interna del contratto telematico va ricavata, come già accennato, anche dalla normativa in materia di consumo e dalla disciplina del settore finanziario ed assicurativo[44].

La telematica – mettendo in comunicazione, per definizione, terminali informatici a distanza – impone di considerare con particolare attenzione le specifiche previsioni dettate per la contrattazione a distanza (introdotta dalla direttiva 97/7/CE ed attuata in Italia col d.lg. n. 185/1999, ora recata dal Codice del consumo agli artt. 50-67).

Sul punto è doveroso ricordare che l'allegato I del d.lg. n. 185/1999 includeva tra le tecniche di comunicazione a distanza le e-mail e, per analogia, si applicava anche al commercio elettronico tramite accesso al sito.

[44] Tant'è vero che, la direttiva 2000/31/CE, al considerando n. 11, fa salve le previgenti «disposizioni comunitarie e nazionali sulla tutela dei consumatori» e «la futura direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la vendita a distanza di servizi finanziari». Il riferimento è alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2002, n. 2002/65/CE (*Commercializzazione a distanza di servizi finanziari a consumatori*, c.d. direttiva DSF), che modifica la direttiva 90/616/CE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE (in *G.U.C.E.* 9 ottobre 2002, n. L 271).

A sua volta, la normativa interna di recepimento (3º co. dell'art. 2, d.lg. 70/2003) amplia le materie escluse specificando che: «sono fatte salve ove non espressamente derogate, le disposizioni in materia bancaria, finanziaria, assicurativa e dei sistemi di pagamento e le competenze degli organi amministrativi e degli organi di polizia aventi funzioni di vigilanza e di controllo, compreso il controllo sulle reti informatiche di cui alla l. 31 luglio 1997, n. 249, e delle autorità indipendenti di settore». La materia assicurativa era regolata: dall'art. 30 e dal titolo IV della direttiva 92/49/CEE (terza direttiva sulle assicurazioni sui danni); dagli articoli 7 e 8 della direttiva 88/357/CEE (seconda direttiva sulle assicurazioni sui danni); dal titolo IV della direttiva 92/1996/CEE (terza direttiva sulle assicurazioni sulla vita) e dall'art. 4 della direttiva 90/619/CEE (la seconda direttiva sulle assicurazioni sulla vita, come modificate dalla direttiva 2002/83/CE). Oggi la materia, sul versante interno, è organicamente regolata dal d.lg. 7 settembre 2005, n. 209 «Codice delle assicurazioni private», in *G.U.* 13 ottobre 2005, n. 239, suppl. ord. n. 163.

La normativa sui contratti a distanza sviluppava come nodo centrale proprio quello relativo alla formazione del consenso negoziale, gravando il professionista di una serie di obblighi informativi che avevano quale obiettivo il c.d. consenso informato.

Ebbene, dette regole (si ripete, ora recate dal Codice del consumo) continuano ad applicarsi anche a seguito dell'emanazione del d.lg. n. 70/2003 che si pone, sostanzialmente, come disciplina aggiuntiva rispetto a quella consumeristica preesistente[45]. Parimenti, si applica al commercio elettronico la disciplina dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali (di cui al d.lg. n. 50/1992[46], oggi trasfusa negli artt. 45-49 Codice del consumo[47]).

Per converso, gli artt. 46 e 51 Codice del consumo continuano ad escludere i servizi finanziari ed assicurativi[48] tanto dalla disciplina dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali (art. 46), quanto da quella dei contratti a distanza (art. 49), per detti servizi operano, rispettivamente, le previsioni del d.lg. n. 190/2005 (attuazione della direttiva 2002/65/CE relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori) e del d.lg. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private) in coordinamento con la normativa sul commercio elettronico, di cui al richiamato d.lg. n. 70/2003.

Concludendo, il Codice del consumo, così come la disciplina dei servizi finanziari e assicurativi sono parte integrante della disciplina del contratto elettronico[49].

[45] Zeno-Zencovich, *Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico detata dal d.lg. n. 70/2003: questioni generali ed ambito di applicazione*, *Dir. inf.*, 2003, 3, 505.

[46] Abrogato dalla lett. *c*) dell'art. 146 Codice del consumo.

[47] Per alcuni rilievi critici sui contratti stipulati fuori dei locali commerciali sulla disciplina dei contratti a distanza, si veda De Cristofaro, *Il Codice del consumo*, *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 4-5, 782 s.

[48] In linea, dunque con la normativa di attuazione sul commercio elettronico, anche il Codice del consumo esclude tanto i servizi finanziari, quanto quelli assicurativi dal rispettivo ambito di disciplina dei contratti a distanza e da quelli conclusi fuori dei locali commerciali.

[49] L'art. 68 Codice del consumo formula il seguente rinvio «alle offerte di servizi della società dell'informazione effettuate dai consumatori per via elettronica, si applicano, per gli aspetti non disciplinati dal presente codice, le disposizioni di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, recante attuazione della direttiva 2000/31/CE». De Cristofaro, *op. cit.*, 784 sottolinea come, a dispetto del suddetto rinvio, il Codice del consumo richiami in altre due occasioni il decreto sul commercio elettronico. Si tratta del 3º co. dell'art. 52 («In caso di comunicazioni telefoniche, l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della conversazione con il consumatore, a pena di nullità del contratto. In caso di utilizzo della posta elettronica si applica la disciplina prevista dall'art. 9, d.lg. 9 aprile 2003, n. 70») e del 5º co. dello stesso art. («In caso di commercio elettronico gli obblighi informativi dovuti dal professionista vanno integrati con le informazioni previste dall'art. 12, d.lg. 9 aprile 2003, n. 70»).

4. *La formazione del contratto telematico. Il problema dell'accordo.*

Il tema della formazione del contratto, che riveste un ruolo centrale nella ricostruzione dogmatica del sistema[50], ha conosciuto, con l'avvento delle negoziazioni *on line*, una nuova ribalta[51], dopo gli studi classici e le analisi sulla contrattazione di massa della civiltà consumeristica. I momenti di rinnovata attenzione si concentrano sulla nascita del vincolo,

[50] Per la dottrina italiana, *ex ceteribus*, G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969; Id., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997; Id., *Parola scritta e parola telematica nella conclusione dei contratti,* in AA.VV., *Scrittura e diritto*, Milano, 2000, 75 ss.; Id., *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, *Europa dir. priv*., 2005, 2, 309 ss.; Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970; Sacco, *La conclusione dell'accordo,* in *Tratt. dir. priv*., diretto da Rescigno, 10, II, Torino, 1982. Recentemente, per una puntuale rivisitazione di temi e problemi della conclusione del contratto si veda Restivo, *La conclusione del contratto nei principi di diritto europeo dei contratti e nel codice civile italiano*, *Europa dir. priv.*, 2003, 883 ss. A livello internazionale la produzione dottrinale sulla formazione del contratto è sterminata. Si indicano, qui appresso, alcuni dei principali contributi: M. Aubrey, *The formation of International Contracts with Reference to the Uniform Lawon Formation*, *Int'l&Comp L.Q.*, 14, 1965, 1011 s.; A. Goldstajn, *The formation of contract, Unification of the Law Governing International Sales*, a cura di Honnold (Paris 1966), 41 s.; S. Cigoj, *International Sales: Formation of contracts, Neth. Int'l L. Rev*., 23, 1976, 257 s.; M.J. Bonell, *La formazione del contratto*, in *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure del 26-28 settembre 1980, Milano, 1981, 113 s.; P. Winship, *Formation of International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention*, *Int'l Law*, 17, 1982, 1 s; J.E. Joseph, *Contract Formation Under the United Nations Convention on Contractsfor theInternational Sale of Goods and the Uniform Commercial Code*, *Dick. J. Int'l L*., 3, 1984, 107 s.; G. Eorsi, *Formation of Contract*, *Wiener Ubereinkommen von 1980 uber den internationalenWarenkauf. Lausanner Kolloquium* (Zurich 1985), 43 s.; W.A. Stoffel, *Formation du contrat*, ivi, 55 s.; E.A. Farnsworth, *Formation of contract, International Sales*, a cura di Galston e Smit (New York 1984), ch. 3, 1 s.; K. Sono, *Formation of International Contracts under the Vienna Convention: A Shift Above the Comparative Law, International Sale of Goods, Dubrovnik Lectures*, a cura di Sarcevic e Volken (New York 1986), 111 s.; J.E. jr. Murray, *An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters Under the United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods*, *J. L. & Com*., 8, 1988, 11 s.; C. Mouly, *La formation du contrat, Convention de Vienne et les incoterms*, a cura di Derains e Ghestin (Paris 1990), 55 s.; D.A. Levy, *Contract Formation Under the UNIDROIT Principles of International Commercial contracts, UCC, Restatement, and CISG*, UGG L.J., 30, 1998, 249 s.

[51] Clarizia, *Informatica e conclusione del contratto*, cit.; Gambino, *L'accordo telematico*, Milano, 1997; ma sono risalenti e tuttora attuali le intuizioni di A. Cicu, *Gli automi nel diritto privato*, *Il Filangieri*, 1901, 561 ss. Svolge considerazioni d'interesse Camardi, *Gli accordi telematici: un nuovo modello di scambio*, in *Il contratto telematico*, a cura di Ricciuto e Zorzi, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 2002, 1 ss., in particolare l'Autore osserva, a valle di considerazioni sul rapporto tra tecnica e diritto, che «solo attraverso una forzatura del sistema giuridico il civilista può ritrovare negli scambi in rete il suo contratto» per, poi, concludere che il contratto telematico è ormai distante dalla nozione di negozio giuridico consegnata dalla tradizione al giurista.

anche in relazione al tempo ed al luogo[52], e sulla possibilità, da parte dei privati, di conformare non solo il contenuto endoprocedimentale delle negoziazioni[53], ma, altresì, di modulare le stesse tecniche di formazione del contratto.

La contrattazione telematica, caratterizzata dall'assenza di dialogo, di un rimando di parole e gesti, ha condotto un sottile pensatore a negare la stessa configurabilità di un accordo[54].

Sulla Rete, infatti, vi sarebbe solo una combinazione binaria di atti unilaterali che convergono sull'immagine di una cosa, poiché gli apparati telematici, avvalendosi di «un linguaggio tecnico, de-storicizzato e de-localiz-

[52] V. Roppo, *A partire dalla formazione: divagazioni non molto ortodosse in tema di contratto*, *Riv. crit. dir. priv*., 2002, 49 ss., osserva che sebbene la formazione del contratto sia il tema al centro della riflessione dei giuristi a partire dagli anni '60 (a tale riguardo cita l'opera di Rudolf Schlesinger sulla formazione del contratto come *common core* del diritto contrattuale) tuttavia, se ne può sdrammatizzare l'importanza ove ci si ponga sul piano dei rimedi e non del vincolo. L'Autore, pertanto, invita a riconsiderare il tema della formazione del contratto a seconda che si tratti di contratti di cooperazione (ad effetti obbligatori) e contratti sull'appartenenza (ad effetti reali), solo per quest'ultimi, in quanto immediatamente traslativi, si giustifica una analisi della formazione del vincolo, mentre per i primi, che hanno strutture leggere e possono anche prescindere dall'accordo (attribuzione a favore di terzo), il tema, se analizzato in prospettiva rimediale, perde di importanza. Per Monateri, *Critica dell'ideologia e analisi antagonista: il pensiero di Marx e le strategie della comparazione*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 709, lo studio della formazione del contratto è «un tipico esempio di problema essenziale per i giuristi, ma probabilmente socialmente irrilevante».

[53] Argomenta la flessibilità e non tipicità delle tecniche di formazione dei contratti telematici A.M. Benedetti, *Autonomia privata procedimentale*, Torino, 2003. *Contra*, Cavalaglio, *La formazione del contratto. Normative di protezione ed efficienza economica*, Milano, 2006, che osserva, (119): «Attraverso la negazione dell'inderogabilità dei tradizionali procedimenti di conclusione del contratto e il connesso tentativo di vedere nelle novità delle tecnologie una conseguente novità delle tecniche di conclusione, si rischia invece di fornire un'articolata copertura all'arbitrio di una parte», ciò tanto più in riferimento alla questione della formazione o meno del vincolo dove è maggiormente avvertita la necessità di certezza, riconnessa a costruzioni logico-formali. G. Benedetti, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., 323, ritiene che nella sistematica proposta dai Principi di diritto europeo dei contratti, vi sia una possibilità per i privati di foggiare nuovi procedimenti formativi dell'accordo.

[54] Irti, *Scambi senza accordo*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 8, 364; Id., *È vero, ma...(Replica a Giorgio Oppo)*, *Riv. dir. civ*., 1999, 273; Id., *Lo scambio dei* foulards *(replica semiseria al prof. Bianca), Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 601; *contra* Oppo, *Disumanizzazione del contratto*, *Riv. dir. civ.*, 1998, 525; G. Benedetti, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul diritto muto*, *Europa dir. priv.*, 1999, 137; Bortoluzzi, *Umanizzazione del contratto, Vita not*., 1999, 1618; Bianca, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 43; Camardi, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche*, *Contr. impr.*, 2001, 557; Scognamiglio, *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, in *Scritti* in memoria di M. Buoncristiano, II, Napoli, 2000, 74; Gazzoni, *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, *Riv. dir. comm.*, 2002, 655; Di Marzio, *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, *Riv. dir. priv.*, 2002, 727.

zato, che nulla ha a che vedere con il dialogo», non possono costituire la base per la formazione di un accordo[55].

Non è questa la sede per prendere posizione nel dibattito sugli scambi senza accordo, anche se non si può non convenire con l'efficace osservazione secondo la quale anche nel contratto telematico gli atti sono voluti e decisi e nella Rete esistono, comunque, comportamenti che esternano profili di concludenza[56].

Il tema, comunque, offre il destro ad un ragionamento che, sviluppandosi nelle pieghe della critica al principio consensualistico, non perviene, inevitabilmente, alla negazione dell'accordo in presenza di un puro scambio, com'è quello che, per larga parte, avviene in Rete con l'adesione, da parte dell'utente Internet, all'offerta al pubblico contenuta nei siti commerciali.

Anche nella dimensione telematica, l'accordo è la specola del contratto, che si forma secondo le diverse tecniche apprestate dall'ordinamento[57] con l'utilizzo delle nuove tecnologie. Non si tratta, a ben vedere, di una adesione al concettualismo giuridico, né tantomeno si intende, mediante la tecnica della finzione, ricondurre a coerenza l'elemento divergente (vale a dire ignorare l'assenza di dialogo). Il punto è altro. Invero, accordo e dialogo non costituiscono una monade, elementi implicati l'uno nell'altro. Ciò è reso evidente in quei luoghi normativi (artt. 1321, 1327, 1333 c.c.) ove al dialogo il legislatore sostituisce l'atto unilaterale reale, negando rilevanza, ai fini del perfezionamento del vincolo, alla risposta dell'oblato.

A soccorso di tale rilievo si offrono anche le norme dei principi di diritto europeo dei contratti (Pecl) che ribadiscono la centralità dell'accordo, pur in assenza di dialogo[58]. I Pecl identificano il contratto proprio con l'accordo sufficiente (artt. 2:101 e 2:103, ove si è felicemente detto che il con-

[55] Ancora Irti osserva, a più riprese nei suoi scritti, che il problema non è di sapere se gli individui, nell'atto di intraprendere la navigazione telematica, esercitino la loro volontà; ma se, entrati che siano, svolgano se stessi nel linguaggio e dicano parole o invece ricevano e trasmettano segni provvisti di meccanica e ripetitiva univocità. Ancora, l'Autore precisa che «l'uso telematico delle parole non è uso del linguaggio, ma di meri simboli, fungibili con altri, e destinati a offrire soluzioni alternative, tra le quali si compirà la scelta».

[56] Si allude, naturalmente, ad Oppo, *Disumanizzazione del contratto*, cit., 525-530.

[57] G. Benedetti, *Diritto e linguaggio*, cit., 137 ss., in particolare 148 e 151 osserva che «la linguisticità si recupera nella qualificazione, nel metalinguaggio, che conferisce senso giuridico ai comportamenti materiali», l'Autorevole dottrina richiama a proprio sostegno, *comme d'abitude*, H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, Milano 1989, 521 secondo il quale: «Le cose, queste unità della nostra esperienza costituite mediante la qualificazione e l'attribuzione di significato, si esprimono nelle parole. Non c'è cosa, dove vien meno il linguaggio».

[58] Si vedano nell'edizione italiana curata da Castronovo, *Principi di diritto europeo dei contratti*, I e II, Milano, 2001.

tratto è ridotto ad «un osso di seppia»), così segnando una evidente rottura con le regole di validità[59] e con il principio della completezza del consenso su tutti gli elementi del contratto.

Ancora, altre norme dei Pecl contribuiscono a fondare la prospettiva avanzata. Si tratta dell'art. 2:204 – che dispone che le «dichiarazioni in qualunque forma o comportamenti dell'oblato che indichino accoglimento della proposta costituiscono accettazione» – ed ancora dell'art. 2:211 – che precisa che «anche quando il procedimento di conclusione del contratto non si struttura in proposta e accettazione le norme di questa sezione si applicano ugualmente con gli opportuni adattamenti» –. Tali regole danno espressamente atto di una possibilità di un "mettersi d'accordo"[60] (anche al di là di un principio di esecuzione del contratto, che com'è noto fa a meno del *logos*) che non è dialogico e non presuppone rimandi di parole e gesti, come appunto accade nella contrattazione telematica, notoriamente priva di dialogo, ma ricca di linguaggio e di comportamenti.

A valle di questo sintetico quadro, non ci appare fuor di luogo parlare di accordo telematico, proprio perché l'accordo, sebbene stilizzato, per lo più nelle forme dell'adesione, esiste anche nella contrattazione telematica che, per le ragioni appresso illustrate, non opera con la tecnica dell'inizio di esecuzione (art. 1327 c.c.), ma richiede, ormai per espressa previsione normativa, l'espressa accettazione dell'utente Internet, mediante l'invio dell'ordine (il referente normativo è l'art. 13, d.lg. n. 70/2003).

In tale chiave, possono ora essere vagliate le risposte fornite dalla dottrina al quesito circa l'applicazione alla negoziazione *on line* delle tecniche di diritto comune per la conclusione del contratto[61].

[59] G.B. Ferri, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, *Riv. dir. comm*., 1969, 201. Mazzamuto, *I principi di diritto europeo dei contratti nel canone di Carlo Castronovo*, *Europa dir. priv*., 2002, 857 osserva che nei Pecl «l'esistenza di una trattativa ancora aperta su un punto del contenuto contrattuale irrilevante, non impedisce cioè, come accade invece nel nostro ordinamento, la conclusione del contratto». Restivo, *La conclusione del contratto*, cit., 913 ss. giustamente osserva che «l'art. 2:103 reintroduce la distinzione tra elementi essenziali ed elementi non essenziali del regolamento contrattuale, anticipando la soglia in cui essa assume rilievo dal piano della validità a quello del perfezionamento della fattispecie, e indica chiaramente che basta il raggiungimento dell'accordo in ordine ai primi perché il contratto risulti concluso».

[60] L'espressione è di G. Benedetti, *Diritto e linguaggio*, cit., 137 ss.

[61] La risposta, piaccia o meno, non giace solo sul piano esegetico, e quindi conformativo, che si compie con il procedimento di riconduzione della fenomenologia telematica nei dettami tradizionali. L'esercizio di vestire il caso concreto con gli abiti della fattispecie generale e astratta non risolve l'ulteriore interrogativo, implicitamente sotteso alla domanda formulata, e cioè se la Rete debba essere o meno oggetto di una disciplina *ad hoc* e se sì quale sia la fonte più idonea a contenere fenomeni essenzialmente de-contestualizzati. Ulteriore com-

Prima dell'adozione della direttiva sul commercio elettronico la risposta al suddetto quesito era fornita, sostanzialmente, articolando un ragionamento conformato sulle tecniche di conclusione del vincolo *inter absentes*. La tassonomia delle situazioni è stata, così, ricostruita distinguendo tra contrattazione a mezzo e-mail ed ingresso nel sito, con perfezionamento del contratto attraverso la sequenza *point and click*. Un'ulteriore fondamentale differenziazione è stata segnata in relazione alla contrattazione *B2C*, per la quale, in ossequio al diritto del consumo, si interpone alle fasi del procedimento di formazione la sequenza degli obblighi di previa informativa e, a valle del processo di formazione del contratto, la tutela apprestata dal diritto di ripensamento[62] e dalla disciplina della inefficacia delle clausole abusive.

In tale contesto, si è osservato che lo scambio di e-mail non richiede alcun adattamento interpretativo e, dunque, nessuno sforzo per la sua riconduzione agli stereotipi della contrattazione a distanza qual è, ad esempio, quella che si compie tramite lo scambio di lettere, di telex o di fax. Il vero (e forse unico) problema attiene alla nozione di indirizzo elettronico ed alla sua integrale assimilabilità all'indirizzo reale, con tutte le conseguenze circa il tempo ed il luogo di stipulazione dell'accordo, nonché la determinazione della legge applicabile (problema, quest'ultimo, oramai residuale vista la moltiplicazione dei fori inderogabili previsti dalla legge).

I profili di problematicità del commercio elettronico si intrecciano, come detto, con la disciplina delle clausole vessatorie, con il diritto del consumo e con le normative del settore finanziario ed assicurativo.

plessità deriva da quelle istanze che reclamano l'autonomia della Rete dai diritti municipali al punto da asserirne l'autarchia, che peraltro viene ritenuta già *in re ipsa* vista la produzione di regole di disciplina interne alla rete stessa (riassunte, per certi profili, nella c.d. *netiquette*), od ancora l'anarchia della Rete come fenomeno spontaneo e globale sottratto per definizione ad ogni regolamentazione.

[62] Pur non potendo, in questa sede, soffermarci sul problema dello *jus poenitendi* nella negoziazione *on line*, ci sembra che esso assuma una funzione radicalmente diversa rispetto a quella classica, postulata nella disciplina generale di protezione del consumatore. Infatti, l'utente Internet è, di norma, un consumatore informato che, tramite la rete, opera un severo confronto delle offerte e dei prodotti. L'atto di "consumo *on line*" è, quindi, dotato di un notevole livello di consapevolezza e ponderazione, sicuramente maggiore dell'atto di consumo ordinario che si compie entrando in un negozio che presenta un'offerta di certo più limitata rispetto a quella presente in rete. In tale ottica, lo *jus poenitendi*, che noi reputiamo un elemento del procedimento di formazione del vincolo e non una fase ad esso esterna, assume una valenza extraindividuale, che va oltre il pentimento del consumatore. Invero, il diritto di ripensamento assume, più che una funzione individuale, il ruolo di meccanismo di mercato per "punire" le offerte *on line* non competitive ed attuare una continua redistribuzione della domanda a vantaggio degli operatori maggiormente competitivi.

Il percorso di analisi testé accennato rimane sostanzialmente immutato anche dopo l'entrata in vigore del d.lg. n. 70/2003 di attuazione della richiamata direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico[63].

Entrando nel vivo delle questioni, conviene prendere le mosse, più che dalle norme codicistiche, dalla disciplina speciale per, poi, operare gli opportuni raccordi.

La direttiva sul commercio elettronico dedica la sezione III ai «Contratti conclusi per via elettronica» e, in particolare, all'art. 9 dispone che gli Stati membri possono escludere taluni contratti dall'applicazione delle norme sul contratto elettronico[64] e, all'art. 10, prescrive che «oltre agli altri obblighi di informazioni posti dal diritto comunitario, gli Stati membri provvedono affinché, salvo diverso accordo tra parti diverse dai consumatori, il prestatore fornisca in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio, almeno le seguenti informazioni:

a) le varie fasi tecniche della conclusione del contratto;

b) se il contratto concluso sarà archiviato dal prestatore e come si potrà accedervi;

c) i mezzi tecnici per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine;

d) le lingue a disposizione per concludere il contratto».

Ancora, il 3° co. dell'art. 10 dispone che «le clausole e le condizioni generali del contratto proposte al destinatario devono essere messe a sua disposizione in un modo che gli permetta di memorizzarle e riprodurle».

[63] Santarossa, *La direttiva europea sul commercio elettronico*, *Contr. impr. Eur*., 2001, 586 s.; Cavalaglio, *L'art. 11 della direttiva 2000/31/CE e le tecniche di conclusione del contratto telematico*, *Dir. inf*., 2001, 96 s.; Scannicchio, *La conclusione dei contratti* on line *nella direttiva europea sul commercio elettronico*, E-commerce, a cura di Antonucci, Torino, 2001, 122 s.; Tripodi, *I contratti telematici, le principali regole giuridiche applicabili*, in *Manuale di commercio elettronico*, a cura di Tripodi, Santoro e Messineo, Torino, 2000, 276; Leocani, *La direttiva UE sul commercio elettronico: cenni introduttivi*, *Europa dir. priv.*, 2000, 646; De Nova e Delfini, *La direttiva sul commercio elettronico: prime considerazioni*, *Riv. dir. priv.*, 2000, 701 s.; *contra* Sarzana di Sant'Ippolito, *Approvata la direttiva sul commercio elettronico*, *Corr. giur.*, 2000, 1293; A.M. Benedetti, *Autonomia privata*, cit., 407.

[64] Il 2° co. dell'art. 9 della direttiva prevede, infatti, che «gli Stati membri possono decidere che il paragrafo 1 non si applichi a tutti o a taluni contratti delle seguenti categorie:

a) contratti che istituiscono o trasferiscono diritti relativi a beni immobili, diversi da quelli in materia di locazione;

b) contratti che richiedono per legge l'intervento di organi giurisdizionali, pubblici poteri o professioni che esercitano pubblici poteri;

c) contratti di fideiussione o di garanzia prestate da persone che agiscono a fini che esulano dalle loro attività commerciali, imprenditoriali o professionali;

d) contratti disciplinati dal diritto di famiglia o di successione».

Fino a questo punto, la materia disciplinata dalla direttiva è quella della procedimentalizzazione degli obblighi precontrattuali posti a carico del prestatore, ma nulla viene detto in relazione alla formazione del contratto, che è, invece, oggetto dell'art. 11. Quest'ultimo, nella sua prima lettura[65], era rubricato «Momento di conclusione del contratto». Tale norma ipotizzava, in aderenza all'ambiziosa rubrica, un procedimento di formazione dell'accordo suddiviso in quattro fasi: dapprima vi era la proposta, cui seguiva l'accettazione dell'oblato che, a sua volta, dava vita ad una ulteriore fase consistente nell'invio dell'avviso di ricevimento della conferma per, poi, concludersi con la conferma dell'avvenuto ricevimento dell'avviso.

A ridimensionare tale pletorica articolazione, che con certezza avrebbe ingenerato non pochi inconvenienti, ha provveduto la lettura finale della direttiva che, in primo luogo, ha mutato la rubrica dell'art. 11 in «Inoltro dell'ordine» – abdicando, così, a tipizzare la conclusione del contratto telematico – e, in secondo luogo, ha sintetizzato il predetto ciclo procedimentale, prevedendo esclusivamente che «il prestatore deve accusare ricevuta dell'ordine del destinatario del servizio senza ingiustificato ritardo e per via elettronica» e che «l'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti cui sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi»[66].

Il 3° co. dell'art. 11 precisa, infine, che l'obbligo di accusare ricevuta dell'ordine non si applica ai contratti conclusi mediante scambio di messaggi e-mail o comunicazioni individuali equivalenti.

La disciplina interna di recepimento della direttiva – come si è detto recata dal d.lg. n. 70/2003 – all'art. 13 introduce, al 1° co., una precisazione, che non ha fonte nella direttiva, per cui «Le norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione inoltri il proprio ordine per via telematica».

Prima facie la disposizione appare pleonastica, ma, secondo una lettura intenzionale, emerge con chiarezza una volontà di arginare il dibattito sulla estraneità o meno dell'accordo telematico alla disciplina di diritto comune. Sono così, almeno in parte, disinnescate le tendenze centrifughe che reclamavano l'autonomia della materia contrattuale informatica. Tuttavia, la norma in questione – operando un acritico rinvio – non risolve i problemi

[65] Nella proposta di direttiva del 23 luglio 1999. Sul punto si veda Delfini, *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano, 2002, 105, in particolare nt. 31.

[66] Ricciuto, *La formazione del contratto telematico*, in *Il contratto telematico*, a cura di Ricciuto e Zorzi, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 2001, 55 ss., in particolare 64.

della formazione del vincolo, poiché nulla dice in relazione al luogo, al tempo ed alle tecniche, elementi che, pertanto, vanno ricostruiti in relazione a ciascuna ipotesi.

Il 2° co. del predetto art. 13 stabilisce, poi, che «Salvo differente accordo tra parti diverse dai consumatori, il prestatore deve, senza ingiustificato ritardo e per via telematica, accusare ricevuta dell'ordine del destinatario contenente un riepilogo delle condizioni generali e particolari applicabili al contratto, le informazioni relative alle caratteristiche essenziali del bene o del servizio e l'indicazione dettagliata del prezzo, dei mezzi di pagamento, del recesso, dei costi di consegna e dei tributi applicabili».

Ancora, il successivo 3° co. dispone che «L'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti alle quali sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi».

Infine, ai sensi del seguente 4° co., si prevede che entrambe le predette disposizioni non operano per i contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti – con ciò irragionevolmente deviando dal testo della direttiva che escludeva per le trattative a mezzo e-mail solo l'obbligo di comunicazione, ma non la presunzione di ricezione[67] –.

Veniamo ora ad una analisi di dettaglio.

In relazione al 2° co. dell'art. 13, ci sembra indiscutibile che la comunicazione con la quale il prestatore accusa ricevuta dell'ordine, che deve avere l'analitico contenuto suddetto[68], non è un elemento del procedimento di formazione del contratto telematico, che al contrario deve intendersi, in quel momento, già perfezionato[69]. Essa, piuttosto, assolve la fun-

[67] Gorgoni e Grisi, *Restano dubbi sulla conclusione del negozio*, *Guida dir*., 2003, 20, 44 osservano che: «La *ratio* della scelta operata dal legislatore nazionale non è di agevole comprensione e l'incertezza qui manifestata fa il paio con la sensazione che l'indicazione proveniente dalla direttiva risulti più logica e lineare, oltre maggiormente rispondente alle esigenze degli scambi telematici».

[68] Taricco, *Volontà e accordo nella contrattazione telematica*, *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 2, 229 osserva che la previsione di un contenuto analitico della comunicazione in questione è da intendersi come rimedio al rischio di una incauta e non pienamente consapevole assunzione del vincolo da parte dell'utente Internet. Ipotesi, a dire il vero, più di scuola, visto che le fasi di compilazione dell'ordine, organizzate secondo il susseguirsi di differenti schermate, rendono l'assunto quantomeno improbabile. Al contrario, riteniamo che la previsione in analisi sia conforme al trend protezionistico della normativa comunitaria, come accade per la conferma dell'ordine in materia di vendite a distanza.

[69] *Contra* Sarzana di Sant'Ippolito, *Approvata la direttiva sul commercio elettronico*, cit.; Ricciuto, *La formazione del contratto telematico*, cit., 65, anche se in riferimento all'art. 11 della direttiva, si esprime in termini dubitativi. Parimenti incerto circa il ruolo della ricevuta dell'avvenuta ricezione è Carlini, *La conclusione del contratto a distanza: dalla regola*

zione di riepilogare all'utente Internet/oblato, a prescindere dalla qualità soggettiva di consumatore o professionista[70], in un quadro sintetico, i termini dell'affare[71]. Previsione che, a ben vedere, ha senso solo per il c.d. commercio elettronico indiretto, ovvero quello in cui l'esecuzione dell'accordo è differita, per la necessità di dare corso alla consegna del bene od all'esecuzione di servizi; diversamente, nel commercio elettronico diretto, la conferma dell'ordine sarebbe coeva all'esecuzione dell'obbligo del prestatore (ad es. download di un *software* o di un brano mp3) e non sortirebbe quell'effetto di ponderazione che ad essa si vuole ascrivere[72].

Una soluzione differente da quella testé offerta si potrebbe avanzare solo configurando l'ordine quale proposta *ex* art. 1326 c.c. e la comunicazione di ricezione come accettazione del prestatore.

Tale ricostruzione, che aggiunge una maglia alla catena del procedimento, trasforma in un postulato ciò che, allo stato, è una mera evenienza e cioè che il sito Internet al quale ha avuto accesso l'utente non presenti un'offerta, ma solo un invito ad offrire. In tal guisa, l'ordine avrebbe la

della spedizione al sistema della conferma di ricezione, *Europa dir. priv.*, 2005, 566. In senso conforme a quanto indicato nel teso Cavalaglio, *La formazione del contratto,* cit., 156; Perlingieri, *Il tempo e il luogo di perfezionamento del contratto telematico*, in AA.VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di Valentino, Napoli, 2004; E. Tosi, *Contrattazione telematica e conclusione del contratto virtuale*, cit., 108, osserva che si tratta di un obbligo non essenziale poiché il suo inadempimento non interferisce con il perfezionamento del contratto che ha luogo indipendentemente dalla sua osservanza.

[70] La norma, infatti, precisa che l'obbligo in questione si applica anche ai contratti *B2B*, salvo che i professionisti vi abbiano espressamente derogato. Non è ammessa deroga per i contratti B2C.

[71] A.M. Benedetti, *Autonomia privata*, cit., 407 osserva che la comunicazione del prestatore di servizio configura un obbligo e non un onere che condiziona il perfezionamento del contratto. Gorgoni e Grisi, *Restano dubbi sulla conclusione del negozio*, cit., 42 ss., pur concordando sull'osservazione che la comunicazione di ricezione dell'ordine è un elemento estraneo al procedimento di formazione, osservano che tale adempimento assolverebbe una duplice funzione: «*in primis*, quella di formalizzare l'avvenuta individualizzazione del rapporto tra consumatore e prestatore, che definitivamente cessano di essere soggetti irrelati; in secondo luogo, quella di consentire di fornire talune informazioni al destinatario del bene o del servizio». In vero, dubitiamo della prima funzione atteso che l'individualizzazione del rapporto è operata non dalla comunicazione in questione, quanto dall'ordine con il quale l'utente Internet esce dall'anonimato e crea il contatto divenendo parte accettante dell'offerta formulata dal prestatore. Infatti, l'ordine contiene le generalità della parte, l'indirizzo al quale è richiesta la prestazione e l'accettazione delle modalità di pagamento richieste dal prestatore.

[72] In linea con tale osservazione si fa rilevare che la disciplina dei contratti a distanza (ora negli artt. da 45 a 49 del d.lg. n. 206/2005, Codice del consumo) prevede che il diritto di recesso non opera nelle ipotesi di commercio elettronico diretto dove l'esecuzione del rapporto non è, in linea pratica, temporalmente distinta dalla sua conclusione. Rimane, invece, operativo il diritto di ripensamento in relazione al commercio elettronico indiretto, nel quale la fase di esecuzione è differita ed il consumatore può esercitare lo *jus poenitendi*.

mera funzione di completare gli elementi non presenti nel sito e «l'accuso» dell'ordine equivarrebbe ad accettazione della proposta formulata dell'utente Internet.

In linea pratica, non è detto che ciò non sia possibile. Tuttavia, nell'architettura del commercio elettronico di massa, lo schema in questione è, quantomeno, residuale, visto che i siti commerciali e gli *shopping mall* virtuali funzionano secondo una logica analitica e presentano offerte standardizzate e complete in tutti i loro elementi.

Discorso diverso è quello delle aste *on line*[73], dove si potrebbe immaginare la qualificazione dell'ordine quale proposta, ma in tali casi, è proprio il meccanismo dell'aggiudicazione a dettare, in maniera assorbente, il momento di perfezionamento del vincolo.

Solo apparentemente innovativa è, poi, la previsione del 3° co. dell'art. 13 in commento, che dispone che tanto l'ordine quanto la ricevuta (*rectius* la comunicazione di ricezione dell'ordine) si considerano pervenuti quando le parti alle quali sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi[74].

Si tratta di una «presunzione di ricezione» che si innesta sul disposto generale dell'art. 1335 c.c. che, com'è noto, detta una presunzione di conoscenza della dichiarazione. In altri termini, l'equiparazione tra l'accessibilità della dichiarazione e l'effettiva ricezione della stessa[75] si aggiunge alla presunzione di conoscenza, che vale in linea generale per la conclusione del contratto tramite proposta ed accettazione tra parti poste a distanza (come accade per la contrattazione a mezzo e-mail).

La presunzione del 3° co. dell'art. 13, poi, non sembra ammettere una prova contraria[76], secondo una logica che trasferisce al proponente il ri-

[73] In proposito si veda circ. 17 giugno 2002, n. 3547/C del Ministero delle attività produttive, *Commercio elettronico – Indicazioni sulle aste on line*, che, poco dopo l'emanazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, ha inteso fornire alcune indicazioni sulla disciplina applicabile alle aste realizzate tramite Internet «anche ai sensi delle azioni che, sulla base dall'art. 21 del d.lg. n. 114/1998 Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114». In particolare la circolare in esame ridimensiona, riducendone la portata, il divieto posto dall'art. 18, 5° co., d.lg. n. 114/1998, secondo cui «Le operazioni di vendita all'asta realizzate per mezzo della televisione o di altri sistemi di comunicazione sono vietate».

[74] Finocchiaro, *Lex mercatoria e commercio elettronico*, cit., 26 osserva, in riferimento alla disciplina dettata dall'art. 14 t.u. sulla documentazione amministrativa che «l'accettazione telematicamente trasmessa s'intenderà conosciuta se pervenuta (all'indirizzo elettronico dichiarato dal proponente) e pervenuta se inviata».

[75] E. Tosi, *Contrattazione telematica e conclusione del contratto*, cit., 97 ss., in particolare 110 e 111, l'Autore osserva che la presunzione in questione integra e rafforza la presunzione di conoscenza di diritto comune. Tale conclusione viene raggiunta per effetto della equiparazione, postulata dall'Autore, tra indirizzo virtuale e indirizzo reale.

[76] *Contra* E. Tosi, *op. ult. cit.*, 110.

schio della stipulazione e, quindi, l'onere di permanente verifica degli ordini ricevuti.

La disciplina del commercio elettronico non prevede altro in relazione alla formazione del contratto, sicché il governo di tutti i problemi relativi alla formazione del vincolo resta affidato al diritto comune, al quale conviene rifarsi per completare il quadro.

5. *Digitazione della carta di credito ed inizio di esecuzione. Neorealismo contrattuale ed* idealtypus *della contrattazione telematica.*

Come già osservato, le tecniche di formazione del vincolo telematico, ai sensi dell'art. 13, 1° co., d.lg. n. 70/2003, sono quelle previste dalla disciplina generale sulla conclusione del contratto, che operano anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione inoltri il proprio ordine per via telematica. Una più attenta lettura della disciplina del commercio elettronico evidenzia come la stessa presupponga un quadro fattuale ben preciso, che è quello del *point and click* e, quindi, del sito come offerta al pubblico, *ex* art. 1336 c.c., rispetto alla quale il vincolo si perfeziona tramite l'accettazione (inoltro dell'ordine)[77]; visto che per la contrattazione a mezzo e-mail sono previsti degli ambiti di esenzione che la consegnano interamente alla disciplina generale del contratto stipulato *inter absentes*.

Ora, in presenza di un'offerta al pubblico occorre verificare se il contratto telematico si conclude tramite inizio di esecuzione, *ex* art. 1327 c.c., come asserito da un'attenta dottrina[78].

Al riguardo si è argomentato che l'accesso al sito conduce ad un'adesione all'offerta dell'operatore commerciale secondo uno schema, definito di contratto unilaterale[79], che si perfeziona con l'accettazione-prestazione di uno dei contraenti, mentre l'altro esegue la controprestazione in un momento, almeno logicamente, successivo. In tale ipotesi, il comportamento dell'acquirente non si limita all'accettazione dell'offerta, ma con la digitazione del numero della carta di credito e la sua trasmissione – in uno con l'ordine e, dunque, con l'accettazione – la fattispecie procedimentale si con-

[77] Pasquino, *La conclusione del contratto nella direttiva sull'e-commerce*, in *Il contratto telematico*, a cura di Ricciuto e Zorzi, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 2002, 69 ss., in particolare 107.

[78] Gambino, *L'accordo telematico*, cit., in particolare, 138 ss. e 161 ss.

[79] Il riferimento, operato dallo stesso Gambino, è all'*unilateral contract* di matrice anglosassone, in forza del quale il *promisor* è obbligato a fronte dell'adempimento del *promisee*.

nota in senso peculiare per l'integrale immediato adempimento di una delle prestazioni contrattuali.

Ancor più specificamente, la digitazione del numero di carta di credito caratterizzerebbe l'*idealtypus* della vendita *on line*: la richiesta di inserimento del numero della carta di credito su di un modulo d'ordine telematico, che non potrà essere inviato senza che tale numero sia debitamente digitato, è, per un verso, elemento tipizzante l'intero procedimento, per l'altro, fattore determinante la stessa giuridicità dell'operazione[80].

La spendita del numero della carta di credito, che assume la natura di forma necessaria della volontà impegnativa, ha efficacia reale, poiché assimilata ad atto solutorio, e configura un'accettazione per esecuzione dove la trasmissione telematica dell'ordine vale altresì quale pronto avviso *ex* art. 1327, 2° co., c.c.

Tale ricostruzione è stata contrastata da chi osserva che la trasmissione dei dati della carta di credito, costituendo mera autorizzazione alla riscossione presso l'emittente, costituisce solo conferma dell'accettazione, già prestata con l'inoltro dell'ordine[81].

Ora, la tesi in commento, che ha l'indiscusso pregio di sottolineare come, in chiave ricostruttiva, le fattispecie procedimentali connotate da profili reali sono storicamente connesse a rapporti socialmente percepiti con diffidenza (com'è, appunto, allo stato ed in senso generico la negoziazione *on line*), presenta sotto il profilo tecnico-giuridico dei momenti critici su cui occorre soffermarsi.

Non v'è dubbio, infatti, che l'efficacia solutoria della spendita della carta di credito sia ormai un dato socialmente acquisito e, parimenti, giuridicamente da avvalorare in relazione alla concreta idoneità del mezzo impiegato rispetto allo scopo[82]. Sicché, non vale una critica fondata sul solo piano dell'assenza di un effettivo atto solutorio.

[80] Secondo Gambino, *L'accordo telematico*, cit., 143, una volta introdotto il numero di carta di credito non vi è più spazio per l'operatività del principio del rischio informatico per vestire di impegnatività giuridica il comportamento del contraente telematico, è la stessa digitazione del numero della carta a creare il discrimine tra giuridicità e non giuridicità, poiché in mancanza il modulo non potrà essere spedito e l'offerta al pubblico s'intenderà non accettata dall'utente Internet. Conformi sono Delfini, *Il d.p.r. n. 513/1997 e il contratto telematico*, *Contr.*, 1998, 297; Cassano, *Nuovi problemi e questioni controverse*, Milano, 2001, 110; Cavalaglio, *La formazione del contratto*, cit., 145.

[81] Oppo, *Disumanizzazione del contratto*, cit., 531; De Nova, *Un contratto di consumo via Internet*, *Contr.*, 1999, 114.

[82] Di Majo, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, 271; Quadri, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. dir. priv*., diretto da Rescigno, Torino, 1984, 440 ss.; Cavalaglio, *La formazione del contratto*, cit., 146.

Vero è, invece, che nella contrattazione telematica con digitazione della carta di credito, l'esecuzione del pagamento è un tutt'uno con l'accettazione, tanto che non è possibile distinguere, non solo in senso cronologico, ma anche logico, un'anteriorità dell'esecuzione rispetto alla dichiarazione trasmessa con il modulo d'ordine.

Se tale è il quadro, la riconduzione della fattispecie in esame al procedimento descritto dall'art. 1327 c.c. – che, com'è noto, fa completamente a meno della dichiarazione, poiché per il legislatore vale più l'atto della promessa – non è immediata.

Anzi, se è vero che il contratto non si conclude in mancanza della digitazione della carta di credito, ciò avviene poiché è il venditore medesimo, nello strutturare il proprio sito, ad impedire la spedizione di un modulo d'ordine recante una espressa accettazione dell'offerta telematica in assenza dell'indicazione dei numeri della carta di credito.

Nella prassi dell'accordo telematico, il perfezionamento del vincolo richiede una duplicazione: atto dichiarativo ed atto reale.

E tale situazione diverge dall'art. 1327 c.c. che, a rigore, richiede esclusivamente l'atto reale.

Ora, alla luce di quanto illustrato, possiamo dire che il contratto telematico è concluso in conseguenza della sola digitazione degl'estremi della carta di credito?

La risposta è negativa. Sia in quanto, come già osservato, nella prassi ciò non accade, sia perché la legge (art. 13, d.lg. n. 70/2003) espressamente richiede la trasmissione di un ordine e, dunque, l'accettazione come fatto dichiarativo, non risultando sufficiente la sola spendita della carta di credito.

Ad una diversa conclusione, che recuperi la contrattazione telematica nell'alveo dell'art. 1327 c.c., si potrebbe pervenire solo qualificando l'ordine come mera informazione che si accompagna all'esecuzione del pagamento per tramite della carta. Ma tale esito ci appare in contrasto con il dato normativo che, si ricorda, è intervenuto successivamente alla formulazione della tesi in commento.

La contrattazione telematica, pertanto, è fondata sull'accordo come risultante dallo scambio di offerta ed accettazione; ciò si afferma non per invocare, anche rispetto al tema in analisi, una sorta di "mistica del consenso" – suggestione, a ben vedere, di corto respiro per gli evidenti limiti del consensualismo contrattuale – quanto, piuttosto, per valorizzare l'assorbente dato normativo che richiede all'oblato una scelta dichiarativa che, sebbene limitata all'"aderire o non aderire", deve essere, in ogni caso,

espressa nel modulo d'ordine di cui il prestatore deve dare successivo accuso[83].

Siamo indotti a ritenere che solo ammettendo la possibilità dei privati di configurare nuovi procedimenti di formazione del contratto[84] si potrebbe recuperare una "tinta di realità" all'accordo telematico, indicando nella concomitanza del consenso e della digitazione della carta di credito, una variante procedimentale regolata dall'autonomia privata che si compone dell'esecuzione dell'obbligo e di una dichiarazione notizia.

6. *Altre questioni sulla formazione dell'accordo telematico.*

L'utilizzo della telematica, come mezzo di comunicazione a distanza, richiede la trattazione del tema dell'indirizzo elettronico in relazione alle disposizioni degli artt. 1326, 1334 e 1335 c.c.[85] e, dunque, la definizione del tempo e del luogo di formazione del vincolo[86].

A dire il vero, l'interesse per il tema del luogo di formazione del contratto telematico[87] merita di essere ridimensionato – per le conseguenze che ad esso di norma sono associate in punto di giurisdizione (art. 3, 2° co., l. n. 218/1995), competenza territoriale (art. 20 c.p.c.) e prassi interpretativa

[83] In senso conforme Taricco, *Volontà e accordo nella contrattazione telematica*, cit., 226.

[84] Prospettiva sostenuta da alcuni studiosi A.M. Benedetti, *Autonomia privata*, cit. e, da ultimo, accennata anche da un'autorevole dottrina che preconizza un progressivo ampliamento della sfera dell'autonomia privata in materia G. Benedetti, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., E. Tosi, *Contrattazione telematica e conclusione del contratto virtuale*, cit., 104 ss. postula, senza darne alcuna giustificazione critica, che le parti possano, nell'esercizio della propria autonomia, creare i procedimenti più acconci per la formazione del contratto, da Egli definito, "virtuale". *Contra* Cavalaglio, *La formazione del contratto*, cit.

[85] La definizione di indirizzo è prevista anche dalla Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili ove, all'art. 24, è previsto che: «Una proposta, una accettazione o qualsiasi altra manifestazione di volontà giunge al destinatario quando gli è rivolta verbalmente o è consegnata, con qualsiasi mezzo, a lui personalmente, presso la sede d'affari o al suo recapito postale o, in mancanza, presso la sua dimora abituale».

[86] La raccomandazione della Commissione 94/820/CE del 19 ottobre 1994 recava, in allegato, un modello contrattuale che prevedeva (art. 3.3) che il contratto si reputa concluso nel tempo e nel luogo in cui il messaggio che costituisce accettazione pervenuto al sistema informatico del proponente.

[87] Di Giovanni, *Il contratto concluso mediante computer alla luce della convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980*, *Dir. comm. int.*, 1993, 607, osserva che: «I messaggi che i terminali si scambiano raggiungono, indubbiamente, il luogo ove il terminale corrispondente è situato – c.d. domicilio elettronico – ma il luogo in cui le volontà si incontrano ed il contratto si perfeziona, tenendo conto che i collegamenti sono in tempo reale, è la rete elettronica – c.d. network – che consente il collegamento e senza del quale i due terminali non sarebbero mai venuti in contatto».

(art. 1368 c.c.) – quantomeno in relazione ai contratti di consumo per i quali vige la giurisdizione del giudice e la competenza inderogabile del foro di residenza o del domicilio del consumatore (art. 63 Codice del consumo e, secondo il diritto internazionale privato, l'art. 5, 3º co., della Convenzione di Roma del 1980).

Per altro verso, l'assimilazione dell'indirizzo elettronico[88] a quello reale di cui all'art. 1335 c.c. – che si ritiene operante in ragione della nozione aperta di indirizzo che la norma codicistica pone, quale luogo presso il quale ricevere l'accettazione – impone talune precisazioni.

Rileviamo, anzitutto come, in realtà, l'art. 1335 c.c. non trova il suo corrispondente speculare – nel campo della contrattazione telematica – in quella disposizione del Codice dell'amministrazione digitale[89] secondo cui «Il documento informatico trasmesso per via telematica si intende spedito dal mittente se inviato al proprio gestore, e si intende consegnato al destinatario se reso disponibile all'indirizzo elettronico da questi dichiarato, nella casella di posta elettronica del destinatario messa a disposizione dal gestore». Tale ultima norma, infatti, non è l'omologo dell'art. 1335 c.c. poiché risulta priva della presunzione di conoscenza-conoscibilità del contenuto del documento[90].

Per altro verso, si rileva come nella contrattazione a mezzo e-mail così come nella pubblicizzazione del sito sulla Rete si manifesta, altresì, l'intenzione – salva diversa indicazione – di ricevere la risposta dell'oblato presso

[88] Fino all'introduzione del Codice dell'amministrazione digitale, l'art. 22 t.u. sulla documentazione amministrativa (oggi abrogato e non sostituito da una nuova definizione di indirizzo elettronico) definiva l'indirizzo elettronico come l'identificatore di una risorsa fisica o logica in grado di ricevere e registrare dati informatici. Finocchiaro, *Lex mercatoria e commercio elettronico*, cit., 23 ss., sottolinea che l'indirizzo elettronico è l'identificativo numerico che univocamente individua un computer e, per i computer connessi in Internet, esso è l'IP. Sicché nella contrattazione a mezzo e-mail l'indirizzo elettronico identifica l'indirizzo del *server* del *service provider* con il quale un soggetto ha stipulato un accordo per l'accesso ad Internet e la tenuta di una casella di posta elettronica. Tuttavia, come osservato da Bravo, Domain names *e luogo di conclusione dei contratti telematici*, *Contr*., 2004, 423, in primo luogo non è scontato che l'indirizzo di posta elettronica possa costituire un indirizzo elettronico nel senso sopra indicato, né, parimenti, si può supporre che un soggetto dichiari quale proprio indirizzo un IP che normalmente ignora e che, peraltro, non è conoscibile a priori, essendo attribuito di volta in volta dal *service provider*.

[89] Art. 45, 2º co., Codice dell'amministrazione digitale. La norma, in realtà, non differisce grandemente rispetto al previgente 1º co. dell'art. 14 t.u. sulla documentazione amministrativa, secondo cui «Il documento informatico trasmesso per via telematica si intende inviato e pervenuto al destinatario, se trasmesso all'indirizzo elettronico da questi dichiarato», ma precisa, in via definitiva, l'assimilazione della casella di posta elettronica all'indirizzo elettronico.

[90] Nello stesso senso ci sembra Delfini, *Il commercio elettronico*, cit., 133.

lo stesso indirizzo elettronico. Ne consegue che il proponente ha l'onere di controllare la propria casella di posta elettronica, poiché essa è l'indirizzo presso il quale ricevere l'accettazione.

Tuttavia, l'assimilazione dell'indirizzo elettronico a quello reale non vale a precisarne l'ubicazione, che serve a determinare il luogo di formazione del contratto.

Sul punto, la dottrina ha ipotizzato diverse soluzioni, ma prevale l'idea che il luogo di conclusione dei contratti *B2B* o *C2C*[91] sia il server presso il quale l'offerente ha uno spazio di memoria digitale che costituisce appunto la propria casella di posta elettronica[92].

Tale conclusione non può essere condivisa – nonostante il citato disposto dell'art. 45, 2° co., del Codice dell'amministrazione digitale – sia perché presuppone una situazione di fatto, l'utilizzo di un *server*, assai poco significativa, visto che – come accade per le caselle di posta elettronica accessibili via *web* – il *server* può trovarsi addirittura in stati diversi da quello dell'utilizzatore e ad ogni accesso non è detto che corrisponda un univoco collegamento con un *server*, sia, infine, perché il collegamento alla posta elettronica può prescindere dall'utilizzo di un elaboratore.

Ci sentiamo di aderire a quella diversa ricostruzione che, tanto nell'ambito della negoziazione a mezzo posta elettronica quanto nei contratti conclusi tramite accesso al sito, individua il luogo di conclusione del contratto nell'indirizzo reale del proponente[93].

Peraltro, la questione relativa al luogo di conclusione del contratto, non è fattore dirimente in ordine alla scelta della legge applicabile al rapporto tra contraenti di diversi Paesi, atteso che, nell'ambito del diritto internazionale privato, l'alternativa è la seguente: o le parti si accordano preventiva-

[91] Attesa la cennata disciplina inderogabile sul foro del consumatore, perde d'importanza la questione in merito alla la contrattazione B2C.

[92] Taricco, *Volontà e accordo nella contrattazione telematica*, cit., 222.

[93] Così Cavalaglio, *La formazione del contratto*, cit., 152. Tale soluzione è accolta anche dall'art. 15 della *Model Law of Electronic Commerce* predisposta dall'Uncitral ed approvata nel 1996, a mente del quale «*unless otherwise agreed between the originator and the addressee, a data message is deemed to be dispatched at the place where the originator has its place of business, and is deemed to be received at the place where the addressee has its place of business*». *Contra* Pennasilico, *La conclusione* on line *dei contratti tra continuità ed innovazione*, cit., 821; Bravo, Domain names *e luogo di conclusione dei contratti telematici*, cit., 421, quest'ultimo ritiene che il luogo di conclusione del contratto coincida con il luogo in cui ha la propria sede o il proprio domicilio il soggetto a nome del quale risulta effettuata la registrazione del *domain name* utilizzato per la ricezione delle comunicazioni telematiche, sia in caso di ricezione della dichiarazione per posta elettronica sia in caso di ricezione direttamente attraverso il sito web dell'offerente.

mente scegliendo liberamente[94] la legge nazionale applicabile (Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulle obbligazioni contrattuali); ovvero – in mancanza di un accordo – legge regolatrice del rapporto, così come dell'atto, è quella che presenta il «collegamento più stretto» con il contratto[95].

Occorre, peraltro, rilevare che l'art. 5 della direttiva 2000/31/CE, tra le informazioni generali che debbono essere fornite, prevede specifici obblighi di informazione relativi alla localizzazione territoriale del proponente il quale deve provvedere ad informare la controparte sull'indirizzo geografico della sede presso cui, in caso di reclami, è possibile rivolgersi.

Quanto al tempo, si deve ritenere concluso il contratto quando l'accettazione dell'oblato giunge all'indirizzo elettronico dell'offerente, vale a dire quando la mail è registrata sulla risorsa elettronica utilizzata da quest'ultimo, sia che si trovi presso il proprio *server* sia che si trovi presso il server del *service provider*, non avendo rilevanza – per le ragioni anzidette ed in applicazione al criterio di cui all'art. 45, 2° co., del Codice dell'amministrazione digitale e della presunzione dettata dall'art. 1335 c.c. – il momento nel quale l'offerente visiona la posta elettronica.

Un'ultima notazione deve essere svolta in riferimento alla incidenza delle qualità del mezzo di trasmissione su talune fasi del procedimento di formazione del contratto. Alludiamo, in particolare, all'immediatezza della posta elettronica che rende, nella sostanza, irrilevante ogni considerazione sulla revoca dell'accettazione, che per definizione è da ritenersi sempre tardiva.

In relazione alla revoca della proposta, invece, ha senso precisare che, a mente dell'art. 1336, 2° co., c.c., se essa è stata formulata attraverso Internet, lo stesso mezzo dovrà impiegarsi per la sua revoca. Diversa è la questione della revoca della comunicazione individuale che, secondo il più recente indirizzo della Suprema Corte di Cassazione[96], è un atto unilaterale recettizio che deve pervenire prima dell'accettazione, risultando in mancanza inefficace.

[94] L'art. 3 della convenzione di Roma, rubricato «Libertà di scelta» prevede che «il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti. La scelta deve essere espressa, o risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze (...)».

[95] Così l'art. 4 della convenzione di Roma. Si presume che tale Paese sia quello in cui risiede abitualmente la parte che fornisce la prestazione "caratterizzante" o, se si tratta di una società, di una persona giuridica o di una associazione, il luogo dove è posta la sede centrale o organizzativa.

[96] Cass., 16 maggio 2000, n. 6323, *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, I, 372, con nota di A.M. Benedetti, *La revoca della proposta tra spedizione e ricezione: la Cassazione cambia rotta.*

Ne consegue che la revoca è efficace solo se giunge all'indirizzo elettronico dell'oblato prima che l'accettazione abbia raggiunto l'indirizzo del proponente, ritenendosi in mancanza concluso il contratto.

7. *Imputazione ed agenti* software.

Altro tema cruciale della contrattazione telematica è quello della imputazione delle dichiarazioni negoziali e degli effetti del contratto. Infatti, la peculiare natura del mezzo e la conseguente spersonalizzazione dell'attività negoziale richiedono un'attenta riflessione sulle tecniche di imputazione di diritto comune.

Il tema, in passato, è stato trattato dalla dottrina soprattutto con riguardo all'abuso della firma digitale e, per lo più, risolto facendo riferimento al principio di autoresponsabilità e di apparenza imputabile, che si collegano entrambi alla consapevole assunzione dei rischi tipicamente connessi all'utilizzo dei mezzi informatici. L'approfondimento, in questa sede, deve essere rivolto alla contrattazione mediante agenti *software* (in seguito per brevità AS) o "bot"[97]. Quest'ultimi, come accennato nell'introdu-

[97] La letteratura informatica ha largamente trattato gli agenti *software*, il loro funzionamento come programmi caratterizzati da embedness (inserimento in un ambiente), reattività e pro-attività, flessibilità, capacità di apprendere e comunicare. La letteratura giuridica ha manifestato un crescente interesse per il tema anche in relazione agli sviluppi normativi, tra i quali, nel luglio 1999, l'adozione da parte della *National Conference of Commissioners on the Uniform State Laws* dello *Uniform Computer Information Transaction Act* (UCITA), che, per la prima volta, ha disciplinato il ruolo degli agenti *software* nella negoziazione informatica. In relazione all'UCITA, si veda nella letteratura americana M.J. Lockerby, *UCITA: The Uniform Computer Information Transaction Act*, 7 Richmond Journal of Law and Technology 2 (2000); R.T. Nimmer, *Through the Looking Glass: what Courts and UCITA Say about the Scope of Contract Law in the Information Age*, 38 *Duq. L. Rev.* 255 (2000); R.T. Nimmer, *UCITA: A Commercial Code for the New Commerce*, 617 PLI/Pat 635 (2000); S. J. Davidson, K.A. Andresen, *UCITA and other U.S. Laws in an International Perspective*, 600 PLI/Pat 553 (2000). Per una trattazione generale del tema degli agenti *software* si vedano AA.VV., *Intelligent software agents: foundations and applications*, Berlin, 1998; S. Smed, *Intelligent software agents and agency law*, 14 *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal* 111 (1998); AA.VV., *Software agents for future communication systems*, Hayzelden A. L.G., Bigham J. (eds.), Berlin, 1999; J.F. Lerouge, *The Use of Electronic Agents Questioned under Contractual Law: Suggested Solutions on a European and American Level*, 18 Marshall J. Computer & Info. L. 403 (1999); R. Cooter, T. Ulen, *Law and economics*, 3ª ed., Reading, Mass., 2000; C.T. Poggi, *Electronic commerce legislation: an analysis of European and American approaches to contract formation*, 41 *Virginia Journal of International Law* 224 (2000); E. Weitzenboeck, *Electronic agents and the formation of contracts*, *Int. Journ. Law and IT*, 9, 2001, 204; C. Ziliani, *Gli agenti intelligenti: trasparenza dei prezzi e potere degli acquirenti su Internet*, *Industria e distribuzione*, 2000, 71; M.A. Biasiotti, F. Romano, M.T. Sagri, *La responsabilità degli agenti software per i danni prodotti a terzi*, *Informatica e diritto*, 2002, 155-

zione, sono particolari programmi, definiti nella letteratura tecnica come "intelligenti", creati per assolvere diversi compiti, tra cui quelli di ricerca e verifica delle offerte commerciali, comparazione delle stesse, raccolta di dati e informazioni e conclusione di contratti[98].

L'utilizzo degli AS comporta una cesura tra programmazione della volontà negoziale e sua esternazione, pur in assenza di una situazione di alterità soggettiva che, per definizione, caratterizza la rappresentanza.

La definizione normativa di AS contenuta nell'Ucita[99] pone in risalto la natura automatica dell'AS – che per l'appunto è un programma per elaboratore caratterizzato dall'avvio di azioni in maniera indipendentemente e dalla esecuzione dei compiti assegnati senza la supervisione dell'interessato – e l'imputabilità del risultato all'utilizzatore – che ne rimane, comunque, vincolato, anche se non è a conoscenza delle operazioni concluse o non ha contezza dei relativi effetti[100] –.

Ora, il principale punto di discussione è se i contratti conclusi dagli AS siano da reputarsi tali ovvero, come ipotizzato da una dottrina[101], siano da ascriversi tra le fonti dell'obbligazione *ex* art. 1173 c.c., alle quali non si applica la disciplina del contratto (proprio perché quest'ultimo, com'è noto, presuppone una dichiarazione di volontà del suo autore).

Dando per assodato che l'AS agisce, pur nel rispetto della programmazione (volontà) del suo utilizzatore, con un margine di autonomia (nel senso sopra specificato di un agire geneticamente predeterminato), occorre interrogarsi sul meccanismo di imputazione e, dunque, sulla vincolatività per l'utilizzatore dell'operato dell'AS.

164; G. Sartor, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto*, *Contr. impr.*, 2002, 57; Id., *Gli agenti software e la disciplina giuridica degli strumenti cognitivi*, *Riv. inf. informatica*, 2003, 1, 55; Id., *L'intenzionalità dei sistemi informativi e il diritto*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 23.

[98] Sartor, *Gli agenti software e la disciplina giuridica degli strumenti cognitivi*, cit., osserva che gli AS sono una tecnologia per delegare e decentralizzare i processi epistemici e deliberativi con la quale l'utilizzatore vuole liberarsi dei compiti cognitivi banali, noiosi e costosi. Essi esercitano le loro funzioni soprattutto in relazione ad input cognitivi che l'utilizzatore ha scelto di non elaborare personalmente, per non investire tempo ed energie in relazione ad un'attività che è delegata all'AS.

[99] *Uniform Computer Information Transaction Act* (UCITA), già richiamato nella nt. 97 che precede.

[100] Secondo l'UCITA l'agente *software* è «*A computer program or electronic or automated means, used independently to initiate an action, or to respond to electronic message or performances, on the person's behalf without review od action by an individual at the time of the action or response to the message or performance*». Ed ancora, che «*a person that uses an electronic agent that it has selected for making an authentication, performance or agreement, including manifestation of assent, is bound by the operations of the electronic agent, even if no individual was aware or reviewed the agent's operations or the results of the operations*».

[101] Giannantonio, *Diritto dell'informatica*, cit.

La trattazione del tema si confronta con l'impossibilità di affermare, se non ricorrendo ad una finzione giuridica a dir poco "spinta", che nell'utilizzatore – che si ricorda non ha monitorato il funzionamento dell'AS ed ignora lo stesso compimento dell'operazione e le sue conseguenze – vi sia una volontà attuale e concreta di concludere quello specifico contratto stipulato dall'AS[102]. Vero è, invece, che la volontà dell'utilizzatore è solo quella manifestata, a monte ed in via programmatica, in relazione ad una tipologia di contratti di cui quello effettivamente stipulato dall'AS è un esempio.

Le proposte ricostruttive in materia, che comunque sottopongono gli accordi così stipulati al governo della disciplina del contratto[103], pur convergendo sulla impossibilità, allo stato, di attribuire all'AS (che si ricorda è un programma) una soggettività in senso proprio – per la rilevata insussistenza di una capacità giuridica e di una sfera patrimoniale – presentano una sostanziale dicotomia tra coloro che riconducono il fenomeno alla rappresentanza od alla figura del *nuncius*[104] ed altri che negano qualsivoglia dualismo, anche figurativo, e risolvono la questione dell'imputazione sulla base del solo principio di autoresponsabilità[105].

Il panorama si è di recente arricchito di una proposta che suggerisce un passaggio di prospettiva dal comportamentarismo all'analisi c.d. intenzionale. Quest'ultima attribuisce all'AS stati cognitivi rilevanti per il diritto, con la conseguenza che non bisogna solo tenere conto dell'operato del programma, secondo una oggettivazione del risultato negoziale, ma soprattutto delle intenzioni che possono essere inferite da un dato comportamento. L'AS, pur non essendo un soggetto di diritto, cionondimeno costituisce il

[102] Sul punto è fondamentale osservare che la convenzione Uncitral *On the use of electronic communications in international contracts*, adottata dall'assemblea generale il 23 novembre del 2005, all'art. 12, rubricato «*use of automated message system for contract formation*» preveda che «*A contract formed by the interaction of an automated system and a natural person, or by the interaction of automated message systems, shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that no natural person reviewed or intervened in each of the individual actions carried out by the automated message system or the resulting contract*».

[103] Finocchiaro, *La conclusione del contratto mediante i software agents: un falso problema giuridico?*, *Contr. impr*., 2002, 486 ss.

[104] Borruso, *Computer e diritto*, cit., 395; Florindi, *Il contratto digitale*, cit., 688.

[105] Clarizia, *Informatica e conclusione del contratto*, cit., 212, l'Autore osserva che la qualificazione dell'utilizzo di un AS in termini di sostituzione nell'attività giuridica sovverte i principi della teoria generale della soggettività, poiché si avrebbe l'ipotesi di una persona fisica che per agire si serve di un soggetto non personificato nell'esercizio di una attività di rilevanza giuridica. In realtà, il legislatore chiede almeno la capacità d'intendere e volere sia nel rappresentante che nel *nuncius*, dà rilevanza agli stati soggettivi del rappresentante e presuppone che quest'ultimo sia dotato di autonomia patrimoniale. Tratti che non si riscontrano nell'elaboratore e nel *software*.

termine di una relazione delegatoria (c.d. delegazione cognitiva), con la quale l'utilizzatore affida al programma il compito di entrare in rapporti di scambio per conto dell'utilizzatore stesso. Il programma, nell'esecuzione della missione affidatagli, esegue «i processi cognitivi necessari», sicché solo quest'ultimi sono rilevanti per il diritto, non assumendo alcuna rilevanza, invece, gli stati cognitivi dell'utilizzatore del programma che, si ribadisce, non ha contezza dell'operato dell'AS[106]. In tale chiave, si recupera un margine di manovra assumendo quale oggetto di verifica, in presenza di un negozio sgradito, non il comportamento dell'AS, ma lo stato intenzionale che ad esso è sotteso.

Conseguentemente, se risulta dalle circostanze che il comportamento dell'AS è disallineato rispetto allo stato cognitivo che ad esso dovrebbe corrispondere, si apre un varco per attivare i rimedi tradizionali in relazione agli stati cognitivi dell'AS che hanno impedito la corretta formazione della volontà contrattuale. Il dolo e l'errore rilevanti, a prescindere da un difetto originario di programmazione, sono quelli dell'AS e non dell'utilizzatore. Tali vizi del consenso non devono essere intesi in chiave subiettiva, bensì in relazione alle circostanze ed all'affidamento ingenerato nella controparte circa la ragionevole sussistenza della intenzione sottesa alla dichiarazione.

L'attribuzione di stati cognitivi all'AS non persegue uno scopo eversivo, quale sarebbe quello di consentire all'utilizzatore di ripudiare il contratto concluso dal programma, quanto quello di evitare finzioni giuridiche – che inevitabilmente devono essere frapposte, se si vuole affermare che il contratto concluso dall'agente è quello effettivamente voluto dall'utilizzatore – per dare corso ad una ricostruzione aderente alla realtà, rispetto alla quale ricercare soluzioni operative.

La teorica in discorso, che evidentemente poggia su validi fondamenti, approda, tuttavia, ad un esito di complessa gestione, che merita di essere approfondito. Si afferma, infatti, che, pur in assenza di una dualità, visto che l'AS è solo una sorta di *alter ego* informatico e non personificato dell'utilizzatore, devono trovare applicazione, in via analogica, alcune regole in tema di mandato e di rappresentanza.

Si ritorna nuovamente in punto di disciplina alla nota assimilazione tra rappresentanza e utilizzo di un AS, questa volta con una motivazione di più ampio respiro che si fonda sulla circostanza che in entrambe le ipotesi vi è alla base una delegazione cognitiva[107].

[106] Sartor, *Gli agenti software e la disciplina giuridica degli strumenti cognitivi*, cit.
[107] Sartor, *op. ult. cit.*

La perplessità che solleva la teorica in commento non risiede, a monte, nell'analisi – poiché non vi è nulla di scandaloso nell'apprezzare la realtà delle cose e, quindi, nel riconoscere una capacità cognitiva dei programmi – quanto, piuttosto, a valle, nella difficoltà di individuare meccanismi idonei a discriminare con precisione rispetto ai contratti sgraditi il voluto dell'utilizzatore rispetto al voluto dell'AS.

Invero, solo un siffatto procedimento di selezione consentirebbe di applicare, al segmento della determinazione negoziale che costituisce il prodotto dell'AS, i criteri dettati per fare valere eventuali vizi degli stati cognitivi dell'AS[108], secondo un metodo, per così dire, di analogia a maglie larghe.

Ed ancora, la teorica in analisi impone un'operazione di cernita delle regole della rappresentanza applicabili agli AS di difficile governo considerato che quelle regole che presuppongono soggettività, capacità ed autonomia patrimoniale del rappresentato (quantomeno gli artt. 1389, 1394, 1396 e 1398 c.c.) sono per definizione inapplicabili all'AS. V'è, dunque, l'evidente rischio di un ricorso all'*analogia legis* alquanto atecnico.

Nascono, poi, una serie di ulteriori questioni e ci si chiede se possa riproporsi in relazione al contratto stipulato dall'AS l'ipotesi della rappresentanza senza potere, tutte le volte in cui la deviazione dal programma è tale da rendere il voluto contrattuale significativamente divergente dai compiti assegnati all'AS.

Ed ancora, si potrebbe immaginare la proposizione di una *actio interrogatoria ex* art. 1399, 4° co., c.c.? Ed in caso di risposta positiva, chi interrogare? L'ipotesi è suggestiva, ma è difficile immaginare la ratifica dell'utilizzatore nel contesto della contrattazione telematica, che opera invece in tempo reale.

Ora, non potendo in questa sede diffonderci ulteriormente sul tema, è bene formulare alcuni rilievi conclusivi.

Innanzitutto, è indubbio che la riconduzione alla volontà dell'utilizzatore del contratto stipulato dall'AS è, più che una finzione, un falso materiale.

Il fondamento del criterio d'imputazione dell'azione dell'AS è da rinvenirsi, ancora una volta, nel principio di autoresponsabilità, dovendosi allo stato prescindere dalle regole sulla sostituzione nell'attività giuridica che appaiono nell'ipotesi di studio affidate ad incerti meccanismi, scarsamente prevedibili.

[108] Per una disamina dei vizi del contratto telematico si veda A. Gentili, *L'inefficacia del contratto telematico*, *Riv. dir. civ.*, 2000, 766; Taricco, *Volontà e accordo nella contrattazione telematica*, cit., 209.

Ciò non toglie che la ricostruzione del rapporto tra AS e utilizzatore del programma, secondo lo schema della delega di compiti cognitivi, possa tornare utile per mitigare le rigidità del predetto criterio d'imputazione, tutte le volte in cui risulti possibile individuare, nel complessivo disegno negoziale, il tratto di volontà determinato dall'AS e, su di esso, svolgere un'analisi di tipo intenzionale.

All'approccio puramente comportamentaristico può, dunque, affiancarsi una valutazione dei meccanismi di funzionamento dell'AS che conduce al riconoscimento della rilevanza di una volontà diversa da quella dell'utilizzatore, a patto che sia possibile distillare regole idonee a disciplinare i fenomeni cui dà vita la delegazione cognitiva di funzioni ad un AS.

Nonostante il senso del pudore, ancora prima della regola giuridica, impedisca di attribuire all'AS una forma di soggettività – seppure limitata e strumentale a talune ipotesi – si intuisce, in prospettiva evolutiva, che lo sviluppo della materia richiede di pensare ad un'alterità giuridicamente rilevante tra utilizzatore e AS, di cui occorre tracciare forme e contenuto.

8. *Contratto telematico, condizioni generali, clausole vessatorie e clausole abusive.*

Completezza di trattazione impone, a questo punto, di confrontare l'accordo telematico, d'un lato, con la disciplina degli artt. 1341 e 1342 c.c., in materia di condizioni generali di contratto unilateralmente predisposte[109] e clausole vessatorie, dall'altro, con la normativa sulle clausole abusive[110], oggi confluita nel Codice del consumo[111].

Ora, trattando separatamente le diverse questioni, occorre, in prima battuta, considerare il disposto dell'art. 1341 c.c. in relazione a due profili[112]. Il

[109] Il tema delle clausole vessatorie presuppone, necessariamente, l'esistenza di un contratto. Lo stesso art. 12, d.lg. n. 70/2003 richiede che il testo contrattuale preordinato alla stipulazione di contratti telematici possa essere riprodotto o memorizzato dal consumatore.

[110] La disciplina delle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, recata dalla direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993, è stata recepita, in Italia, con l'art. 25, l. 6 febbraio 1996, n. 52, che ha introdotto nel libro IV del codice civile, al Titolo II (Dei contratti in generale), il capo XIV-*bis* dedicato ai «Contratti del consumatore» (artt. da 1469 *bis* a 1469 *sexies*). Tali disposizioni sono confluite nel Codice del consumo approvato con d.lg. 6 settembre 2005, n. 206 in vigore dal 23 ottobre 2005.

[111] Alludiamo alle disposizioni recate dal Titolo I, parte III, Codice del consumo artt. da 33 a 38 ed agli artt. 141 e 142.

[112] Sul punto Gambino, *Clausole vessatorie ed Internet*, in *Il contratto telematico*, a cura di Ricciuto e Zorzi, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 2001, 183 s.

primo è relativo alla possibilità di tracciare una nozione di conoscenza o conoscibilità delle condizioni generali di contratto unilateralmente predisposte nell'ambito della contrattazione telematica. Il secondo concerne, invece, la specifica approvazione delle clausole vessatorie contenute in un contratto concluso per via telematica.

L'analisi di entrambi i profili suddetti impone, a monte, di comprendere con quali modalità si manifestano all'utente Internet le condizioni generali di contratto. Il 3º co. dell'art. 10 della direttiva 2000/31/CE, limitandosi a prevedere che «le clausole e le condizioni generali del contratto proposte al destinatario devono essere messe a sua disposizione in un modo che gli permetta di memorizzarle e riprodurle», fa intendere che le modalità possono essere le più varie.

Secondo un'opinione maggioritaria il requisito della conoscibilità delle condizioni generali di contratto si ritiene assolto con il richiamo ipertestuale, vale a dire l'attivazione di un *link* che introduce ad una schermata dove sono rappresentate le condizioni, oppure con lo *scrolling* delle medesime in una schermata antecedente alla prestazione del consenso; sicché non è richiesto che le condizioni generali siano presenti sulla schermata principale e sulle successive, fino all'accettazione della proposta.

Tale meccanismo, certamente valido per la contrattazione *point and click*, non può operare quando la negoziazione è effettuata con comunicazioni individuali, che pure si avvalgono di condizioni generali. In tal caso, le condizioni devono essere oggetto di una apposita comunicazione individuale.

La questione della specifica sottoscrizione delle clausole vessatorie presenta, invece, elementi di maggiore criticità. È chiaro, infatti, che nella contrattazione a mezzo e-mail, il ricorso alla firma digitale – peraltro assai raro nella prassi attuale – risolve solo un problema, quello della *prima* ed unica sottoscrizione del documento informatico contenente il contratto[113], ma lascia scoperto il tema della seconda specifica sottoscrizione di approvazione delle clausole vessatorie, non essendo allo stato tecnicamente apponibile all'unico documento informatico una doppia firma digitale. Ci appare, poi, un empirismo la creazione di un apposito e distinto documento informatico recante l'approvazione specifica delle clausole vessatorie, poiché tale evenienza collide con le esigenze di celerità ed immediatezza tipiche della negoziazione telematica, anche se è immaginabile che le clausole vessatorie facciano parte di separati accordi scritti tra le parti, come suggerisce una riflessione sulle clausole aggiunte di cui all'art. 1342 c.c.

[113] Si ricorda che il disposto dell'art. 20, 2º co., d.lg. 7 marzo 2005, n. 82, prevede che l'utilizzo della firma digitale soddisfa il requisito della forma scritta.

La specifica approvazione delle clausole vessatorie non è, poi, agevole nemmeno in relazione alla contrattazione *point and click*. Si consideri, al riguardo, che anche per i fautori della nozione di «tasto negoziale virtuale»[114] la digitazione telematica integra l'accettazione dell'utente ed il contestuale invio dell'ordine[115], ma non la specifica approvazione per iscritto richiesta dalla norma codicistica per le clausole vessatorie[116]. Sicché il tasto virtuale negoziale è un meccanismo di conclusione del contratto valido solo se ad esso non siano apposte clausole vessatorie[117].

Su di un diverso piano giace il rapporto tra disciplina dei consumatori e negoziazione *on line*, in riferimento alle clausole abusive. Com'è noto, il 4° co. dell'art. 34 Codice del consumo (che ripropone il contenuto dell'abrogato 4° co. dell'art. 1469 *ter* c.c.) prevede che «non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale».

Ora, parte della dottrina[118] ritiene che la contrattazione telematica organizzata secondo il modulo dell'accesso al sito, cui fanno seguito una serie di schermate organizzate in osservanza di rigide logiche e di *form* predisposti, non consente, per il suo stesso modo di essere, trattative di sorta[119]. Conseguentemente, la disposizione in analisi troverebbe applicazione, in via residuale, solo nella contrattazione a mezzo e-mail.

Di diverso avviso è chi, invece, sostiene che nella contrattazione con accesso al sito vi sia spazio, comunque, per una contrattazione, seppure in

[114] E. Tosi, *La conclusione dei contratti* on line, in E. Tosi (a cura di), *I problemi giuridici di* Internet, (Milano 1999), 17 s. ha parlato di «tasto negoziale virtuale» mutuando l'espressione di «tasto negoziale» da V. Franceschelli, adattandola alla contrattazione on line. Si tratta della qualificazione giuridica di quel meccanismo secondo il quale la digitazione od un click sulla schermata di un particolare tasto virtuale («order», «accetto», «confermo») serve a chiudere il procedimento di negoziazione ed inviare il modulo d'ordine, completo di tutti gli elementi richiesti. Id., *Contrattazione telematica e conclusione del contratto virtuale*, cit., 125-130.

[115] La digitazione del tasto negoziale virtuale per taluni configurerebbe un'accettazione espressa, Rognetta, *Il commercio elettronico*, Milano 2000, 64; per altri, invece, integrerebbe un comportamento concludente inidoneo a configurare una forma di accettazione espressa, Sarzana di Sant'Ippolito, *L'atto negoziale telematico a titolo oneroso*, in *Profili giuridici del commercio via Internet*, Milano, 1999, 95.

[116] E. Tosi, *La conclusione dei contratti* on line, cit, 127 s.

[117] E. Tosi, *Contrattazione telematica e conclusione del contratto virtuale*, cit., 129-130 per alcune considerazioni, nel contesto normativo antecedente alla adozione del Codice dell'amministrazione digitale, in ordine alla equiparazione del tasto negoziale virtuale alle firme elettroniche deboli.

[118] *Ex pluribus* Gambino, *Clausole vessatorie ed Internet*, cit., 187; E. Tosi, *La conclusione dei contratti* on line, cit., 17 s.

[119] Gambino, *op. ult. cit*., osserva che rispetto alla pagina web il consumatore non può sfuggire alla volontà del predisponente: o dice si o dice no dinanzi a quanto viene offerto.

senso peculiare, da rintracciarsi nelle modalità di riempimento dei *form* predisposti e nella scelta delle opzioni disponibili[120]. Così opinando, l'art. 34 Codice del consumo riguadagnerebbe terreno operativo, risultando a carico del professionista la prova dell'avvenuta trattativa.

Alla luce delle opinioni in materia ci sembra che la questione delle trattativa individuale sia considerata un problema tecnico. Al contrario, a nostro avviso, il tema andrebbe recuperato a livello di principio e, quindi, prima ancora che sul piano fenomenologico – che presuppone una disamina concreta delle modalità con cui si atteggia l'interazione del consumatore con il *form* e con le opzioni che esso presenta, a seconda che il sito sia organizzato secondo un sistema «*take it or leave it*» oppure sul modello «*bazar*» o «*suq*» dove tutti contrattano con tutti[121] – occorre interrogarsi sulla stessa possibilità di configurare una trattativa, tenendo a mente che il sito opera in maniera automatica, addirittura mediante agenti *software* che agiscono senza la supervisione di colui che lo ha predisposto[122].

L'offerta sul *web*, quale forma di *retail market*, agisce secondo algoritmi predeterminati a monte, sicché il campo semantico della nozione di trattativa, come attività volta alla definizione del contenuto di una clausola, deve essere ridotto, ove si voglia mantenere il termine, ad una operazione di selezione tra opzioni predisposte. Con ciò non si vuole significare che nella normale trattativa le parti si confrontano su tutte le alternative possibili (chi mai ha trattato le clausole di un contratto di mutuo bancario) quanto, piuttosto, sottolineare che un'eventuale trattativa risulta già predeterminata negli esiti e, dunque, scontata *ex uno latere*. Ragione quest'ultima, che ci induce a ritenere che di trattativa si possa parlare solo al di fuori delle forme di negoziazione, tipicamente *retail*, che avvengono con il semplice accesso al sito e l'adesione all'offerta unilateralmente predisposta.

[120] Bravo, *Le trattative nei contratti telematici*, *Contr*., 2003, 739; Giova, *La conclusione del contratto via Internet. Evoluzione tra normativa e prassi*, Napoli, 2000, 64; Pennasilico, *La concusione dei contratti* on line *tra continuità e innovazione*, *Dir. inf*., 2004, 810 s.; Minervini e Bartolomucci, *La tutela del consumatore* on line, in AA.VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, Milano, 2003, 61 s.; G. Perlingieri, *Le nuove tecnologie ed il contratto*, in AA.VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, cit., 15 s.

[121] Piscitelli, *Negoziazione in rete e contratti tra computer*, *Dir. inf.*, 2002, 6, 1141.

[122] De Nova, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 2ª ed., Torino, 2002, dubita che la negoziazione condotta con agenti informatici possa integrare una trattativa rilevante ai sensi della disciplina sulle clausole abusive.