

RICERCHE

**ASPETTI PROBLEMATICI
DELLA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO
MEDIANTE « TELEFAX »**

SOMMARIO Premessa. — La normativa sul « telefax ». — L'uso del servizio « telefax » nella contrattazione. — Proposta ed accettazione trasmesse via « telefax ». — La conclusione del contratto mediante « telefax ». — Considerazioni conclusive.

PREMESSA.

Il nostro tempo, l'età in cui viviamo è stata denominata « era dell'informazione »; con tale espressione si è voluto significare come lo stadio attuale della civilizzazione sia incentrato sulla circolazione e sulla disponibilità delle informazioni secondo una varietà di mezzi e di forme prima d'ora inconcepibile. Tale concetto trova la sua applicazione pratica nella diffusione sempre più articolata dell'informatica, con la conseguente realizzazione di reti di comunicazione di ogni tipo. I sistemi tecnologici ed elettronici, infatti, consentono ormai di abbattere ogni barriera di tempo o di luogo che si frapponga alla libera circolazione delle informazioni e ciò a prescindere dalla natura delle stesse e dai mezzi impiegati per trasmetterle.

In particolare, nel mondo degli affari, alle già affermate e tradizionali reti telefonica, telex e di trasmissione-dati tra *computers*, si è affiancato il « telefax », o fac simile, strumento che consente la trasmissione dell'informazione sotto forma di riproduzione a distanza, appunto in fac simile, del documento originale.

In altre parole, si tratta di un metodo mediante il quale le informazioni espresse graficamente, come i disegni, i manoscritti o i dattiloscritti, vengono lette dal documento originale, trasformate in impulsi elettrici e trasmesse mediante le

tradizionali tecniche di telecomunicazione, per essere ricevute e riprodotte con esattezza su carta o altro supporto presso la stazione di destinazione.

La velocità di trasmissione dei dati e la versatilità d'uso del « telefax » ne rendono molto ampia la gamma di utilizzazioni e di vantaggi possibili; ciò soprattutto nell'ambito di una moderna organizzazione che abbia la necessità di trasmettere grandi quantità di informazioni, con particolare attenzione alla loro varietà ed alla necessità di ottenerne il ricevimento entro tempi reali ben determinati.

**LA NORMATIVA
SUL « TELEFAX ».**

Il servizio « telefax » è stato formalmente istituito con decreto del Ministro delle Poste e Telecomunicazioni del 1° settembre 1983.

In armonia con i principi contenuti nella Convenzione internazionale delle telecomunicazioni, adottata dalla UIT (Unione internazionale delle telecomunicazioni) a Malaga il 25 ottobre 1977, e resa esecutiva in Italia con la legge 7 ottobre 1977, n. 790, nel decreto istitutivo del servizio « telefax » viene espressamente stabilito che per l'ammissione a tale servizio è necessario inoltrare una richiesta alla SIP, Società italiana per

l'esercizio telefonico, la quale è concessoria dei servizi di telecomunicazione ad uso pubblico, specificando il tipo di apparecchiatura che si intende utilizzare e che deve essere scelto tra quelli omologati dall'Amministrazione delle poste e telecomunicazioni. È concessa, tuttavia, all'utente la facoltà di provvedere in proprio all'acquisto ed alla manutenzione delle apparecchiature necessarie per il servizio « telefax », ma in tal caso la concessionaria SIP è tenuta a provvedere ai collegamenti di tali macchinari alla rete telefonica commutata ed al controllo relativo alla conformità degli stessi con i modelli omologati dall'Amministrazione.

Con riguardo alla disciplina normativa applicabile ai criteri ed alle modalità d'uso del « telefax », l'art. 4 del suddetto decreto impone all'utente l'obbligo di osservare le disposizioni di legge e di regolamento dei servizi pubblici telefonico e di trasmissione dati ed ogni altra disposizione e modalità operativa fissate in materia dall'Amministrazione delle poste e telecomunicazioni.

Il rinvio operato da questa norma richiama in primo luogo le disposizioni legislative in materia postale e di telecomunicazioni, il c.d. Codice postale e delle telecomunicazioni, approvate con d.P.R. del 29 marzo 1973, n. 156.

L'ampia e particolareggiata trattazione della materia contenuta nel predetto Codice si articola in quattro Libri ciascuno dei quali contiene la normativa relativa ai vari servizi di poste e telecomunicazioni offerti dallo Stato. In particolare e per i fini che qui interessano, sono da prendere in considerazione le norme generali e quelle comuni ai diversi servizi, contenute nel Libro primo, nonché le norme generali e quelle relative ai servizi telefonici, contenute nel Libro quarto; l'analisi delle norme previste nei Libri secondo e terzo esula dalla nostra indagine, trattandosi esse di servizi postali e di bancoposta.

Il libro primo del Codice postale e delle telecomunicazioni si apre con una serie di disposizioni preliminari, introduttive dell'intera materia.

Viene in primo luogo sancita l'appartenenza in esclusiva allo Stato dei servizi postali e di telecomunicazione, nonché la competenza del Ministero delle Poste e Telecomunicazioni a provvedere in materia non soltanto autonomamente ma anche mediante concessione dei servizi medesimi ad altri enti; fino a qualche tempo fa, per espressa previsione dell'art. 6 del citato codice, l'Amministrazione e gli enti suoi concessionari non incontravano alcuna responsabilità nell'esercizio dei servizi loro attribuiti fuori dei casi e dei limiti stabiliti dallo stesso Codice. Ora, tuttavia, non vige più tale principio. Ed, infatti, in considerazione dei gravi limiti che il citato art. 6 del Codice postale pone alla responsabilità della Pubblica Amministrazione e degli enti suoi concessionari, su questa norma sono state sollevate diverse questioni di illegittimità costituzionale. Con una prima sentenza la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 6, 28, 48, 93 del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156 « nella parte in cui dispongono che l'Amministrazione delle poste e telecomunicazioni non è tenuta al risarcimento dei danni, oltre all'indennità di cui all'art. 28, in caso di perdita o manomissione di raccomandate con le quali siano stati spediti vaglia cambiari emessi in commutazione di debiti dello Stato »¹.

Con una seconda pronuncia la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 6 nella rimanente parte, ossia nella parte in cui dispone che « il

¹ Cfr. la sentenza della Corte Cost. n. 303 del 1988, in questa *Rivista*, 1988, 479.

Nella motivazione di questa sentenza è stato evidenziato come i servizi pubblici essenziali, a norma dell'art. 43 Cost., debbano essere gestiti ed organizzati in forma di impresa, secondo i criteri « i quali comportano la conformazione dei rapporti con gli utenti come rapporti contrattuali, fondamentalmente soggetti al regime di diritto privato ».

concessionario del servizio telefonico non è tenuto al risarcimento dei danni per le interruzioni del servizio dovute a sua colpa »².

A seguito di queste due sentenze, in virtù del disposto di cui all'art. 136, comma 1 della Costituzione, l'intera norma contenuta nell'art. 6 del d.P.R. n. 156/73 è ormai decaduta e pertanto essa non può più essere applicata nei rapporti tra Amministrazione o enti suoi concessionari ed utenti; rimossi i limiti che la legge aveva creato in relazione alle ipotesi di responsabilità dei fornitori dei servizi di telecomunicazione, nei rapporti tra questi e gli utenti riprendono, dunque, vigore le norme comuni vigenti in materia di responsabilità per danni derivanti da dolo o colpa.

Un interesse più diretto ed immediato suscitano le norme contenute nel Libro quarto del Codice postale, norme queste che disciplinano i servizi di telecomunicazione.

Mentre i servizi postali sono gestiti in esclusiva direttamente dallo Stato, la gestione dei servizi di telecomunicazione è stata, invece, affidata ad enti pubblici o privati mediante un atto di concessione.

L'esecuzione e l'esercizio degli impianti di telecomunicazione sono stati attribuiti in Italia alle società SIP S.p.A., ITALCABLE e TELESPAZIO.

Mediante un'apposita convenzione tra il Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni e le società concessionarie sono stati affidati in concessione esclusiva alle società medesime l'installazione e l'esercizio degli impianti di telecomunicazione in ambito nazionale, internazionale, nonché a mezzo di satelliti artificiali.

Le società concessionarie, che per essere tali devono possedere determinati requisiti stabiliti dalla legge di cui si tratta, sono tenute a corrispondere allo Stato un canone annuo come corrispettivo del servizio loro attribuito ed a prestare una idonea cauzione a garanzia degli obblighi assunti. Il servizio telefonico è stato concesso in gestione esclusiva alla SIP S.p.A. mediante una convenzione approvata e resa esecutiva con d.P.R. 13 agosto 1984, n. 523. Tale servizio viene somministrato agli utenti su loro esplicita richiesta di abbonamento e verso il corrispettivo di un canone perio-

dico. La richiesta di abbonamento al servizio telefonico implica l'accettazione di tutte le norme e le condizioni contenute nel regolamento di servizio, il quale, predisposto dalla società concessionaria, deve essere approvato con decreto del Ministro delle Poste e delle Telecomunicazioni.

Alla stessa società concessionaria il decreto ministeriale del 1° settembre 1983 ha attribuito la gestione del servizio « telefax », essendo questo un servizio che si attua proprio mediante l'uso del telefono, ed ha rinviato per la sua regolamentazione a quelle stesse norme che disciplinano il servizio telefonico.

Sulla base di questo esplicito rinvio, il servizio « telefax » trova oggi la sua regolamentazione in tutte quelle disposizioni di legge emanate od emanande in materia di servizi telefonici; rimane al legislatore il compito di provvedere con un'apposita disciplina normativa sul servizio « telefax », considerato l'ampio uso che ormai si fa di tale strumento in tutti i settori dell'attività umana.

L'USO DEL SERVIZIO

« TELEFAX » NELLA

CONTRATTAZIONE:

LA PROPOSTA

E L'ACCETTAZIONE.

L'utilizzazione sempre più frequente del telefax, soprattutto nell'ambito dei rapporti economici e commerciali, pone una serie di problemi giuridici che non possono essere ignorati.

Innumerevoli sono gli accordi contrattuali che si stipulano mediante tele-

² Cfr. la sentenza della Corte Cost. n. 1104 del 20 dicembre 1988, in questa *Rivista*, 1989, 184.

Richiamando le motivazioni addotte a sostegno della precedente pronuncia, in questa seconda sentenza la Corte Costituzionale sostiene in motivazione che « i principi affermati nei confronti del servizio postale valgono a maggior ragione nei confronti del servizio telefonico, dove la presenza di un rapporto concessorio del pubblico servizio, quando vengano in concreto enunciate in sede normativa, oltre a dover trovare, per la loro incidenza nella sfera dell'autonomia privata, un adeguato supporto nella legge o in altra fonte primaria, dovranno in ogni caso essere tali da garantire un ristoro serio e non fittizio del danno subito dall'utente per colpa del concessionario ».

fax tra i diversi operatori economici e nei settori più disparati dell'economia.

L'intenzione è quella di ripercorrere le varie fasi della conclusione del contratto, così come sono indicate dal Codice Civile, al fine di verificare fino a quale punto gli atti giuridici contrattuali possano manifestarsi attraverso il telefax nel pieno rispetto delle norme civili-stiche³.

La stipulazione dell'accordo contrattuale è, di norma, preceduta dalla fase di contrattazione, fase questa caratterizzata da attività alcune delle quali possono esserci o non esserci, quali ad esempio i contatti preliminari o gli inviti; altre, invece, costituiscono elementi formativi del contratto e come tali sono necessari: tali sono la *proposta* e l'*accettazione*.

Dispone, infatti, il comma 1 dell'art. 1326 cod. civ. che « Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte ».

Il contratto si costituisce, dunque, nel momento in cui la proposta di una parte incontra l'accettazione dell'altra; proprio in quanto elementi costitutivi dell'accordo contrattuale, con riguardo alla

proposta ed alla accettazione è stato sollevato il problema della natura giuridica di tali atti.

Secondo la concezione dottrinale più accreditata che qui si accoglie, proposta ed accettazione sono atti giuridici prenegoziali, nel senso che essi precedono il contratto e lo predispongono, divenendo impegnative nel momento in cui l'accordo è concluso⁴.

Così delineata la natura giuridica della proposta e dell'accettazione ed attribuita ad esse la funzione di costituire gli atti iniziali della manifestazione del consenso, è opportuno analizzare brevemente i requisiti che esse devono possedere per poter assolvere a tale funzione e, dunque, per raggiungere il loro scopo.

La *proposta* è l'atto prenegoziale che attribuisce al suo destinatario il potere di perfezionare una determinata fattispecie contrattuale. Come tale, la proposta deve innanzi tutto rivestire la struttura di una dichiarazione idonea ad esprimere il consenso costitutivo dell'accordo contrattuale. A tal fine, la dichiarazione del proponente deve essere *completa*, ossia deve contenere già in maniera adeguata gli elementi essenziali del contratto; oppure, deve rinviare la determinazione di essi a criteri legali ben individuati, senza che la loro specificazione debba richiedere ulteriori accordi tra le parti.

Inoltre, la proposta deve essere *recettizia*, ossia deve essere rivolta ad una persona determinata, essendo la sua specifica funzione quella di rendere partecipe il destinatario all'accordo al fine di provocarne l'accettazione.

Attesa la sua funzione di atto costitutivo del contratto, la proposta deve rivestire la stessa forma che la legge richiede per quest'ultimo; pertanto, in linea di principio, la proposta può farsi in qualsiasi forma che sia in concreto idonea ad esprimere un contenuto dispositivo, salvo, tuttavia, l'onere di osservare una particolare forma quando questa sia richiesta quale elemento necessario per la validità del contratto; in tal caso, la proposta dovrà rivestire la stessa forma prescritta per il contratto medesimo.

Requisiti specifici dell'*accettazione* sono la *conformità* e la *tempestività*.

L'accettazione è l'atto con cui si esercita il potere di dare perfezione alla fat-

³ Sulla formazione dell'accordo contrattuale cfr. in dottrina: RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, Milano, 1966; VITUCI, *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968; G.B. FERRI, *Considerazioni in tema di formazione del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, 187 (ora in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983); SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca* (artt. 1321-1352), 1970; SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975; MESSINEO, *Il contratto in genere*, 2° vol., nel *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1968; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, nel *Tratt. di dir. civ.* diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1980; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Com. del Cod. Civ. UTET* (artt. 1321-1469), Torino, 1980; BIANCA, *Il contratto, Diritto civile 3*, Milano, 1987; CARRESI, *Il contratto*, nel *Tratt. di dir. civ. e comm.*, Cicu-Messineo, vol. XXI, Milano, 1987; CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, Milano, 1985.

⁴ Cfr. in tal senso SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1970; MESSINEO, *Contratto in genere*, in *op. cit.*, p. 295; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *op. cit.*, p. 88; OSTI, *Contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, p. 515; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *op. cit.*, p. 45.

In giurisprudenza cfr. anche l'esplicita pronuncia della Cass. n. 193 del 17 gennaio 1975, in *Temi*, 1975, p. 572: « proposta ed accettazione sono configurabili come atti prenegoziali, vale a dire atti giuridici in senso stretto che precedono la formazione del contratto ».

tip specie contrattuale delineata dal proponente.

Al requisito della completezza, che caratterizza la proposta, corrisponde per l'accettazione il requisito della conformità. Ad essa si riferisce il comma 5 dell'art. 1326 cod. civ. quando stabilisce che « una accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta »; ne discende, dunque, che la conformità dell'accettazione alla proposta si ha quando vi sia l'assoluta coincidenza tra la dichiarazione del proponente e quella dell'accettante. Ciò non significa, tuttavia, che, per tale suo contenuto di adesione, l'accettazione sia un mero atto di approvazione di un regolamento contrattuale da altri predisposto; infatti, può sempre accadere che il contenuto della proposta venga preparato precedentemente da entrambe le parti o, addirittura, con il prevalente contributo dell'accettante⁵.

Al requisito della tempestività dell'accettazione si riferisce, invece, il comma 2 dell'art. 1326 cod. civ. laddove stabilisce che « l'accettazione deve giungere al proponente nel termine da lui stabilito o in quello ordinariamente necessario secondo la natura dell'affare o secondo gli usi ». Ne deriva che l'accettazione, se tardiva, è una dichiarazione inefficace, salva la facoltà, concessa in virtù del comma 3 dell'art. 1326 cod. civ. al proponente, di considerare ugualmente efficace l'accettazione, purché egli ne dia avviso immediato all'accettante.

Con riguardo al requisito della forma, anche per l'accettazione, così come per la proposta, vige il principio generale della libertà della forma⁶. L'accettazione può, dunque, manifestarsi per atto scritto od oralmente o anche mediante un comportamento univoco e concludente, tranne naturalmente che per i negozi solenni o formali, laddove la forma dell'accettazione deve necessariamente seguire la forma prescritta per la validità del negozio stesso.

La questione della forma dell'accettazione si pone in termini più problematici quando si tratta di dare un significato al silenzio che il destinatario di una proposta contrattuale può mantenere per un periodo più o meno lungo.

Il silenzio indica un comportamento del soggetto che non manifesta alcuna volontà né in senso positivo né in senso

negativo⁷; di per sé, dunque, il silenzio non può esprimere alcun consenso. Si può dire al più che nel silenzio l'intento negoziale « si desume dal complessivo comportamento del soggetto. È appunto il comportamento complessivo del soggetto che, in relazione alle circostanze, può esprimere il significato di consenso »⁸.

Va ribadito, quindi, che la mancata manifestazione della volontà di accettare di per sé non ha alcun significato; per cui, salvi i casi in cui intervenga una diversa valutazione della legge o degli usi o le parti non vi abbiano attribuito un tale significato, il silenzio non può valere come accettazione⁹.

PROPOSTA ED ACCETTAZIONE

TRASMESSE VIA « TELEFAX ».

Delineati, seppur brevemente, i requisiti essenziali della proposta e dell'accettazione, si vuole ora verificare se i medesimi requisiti, si è visto necessari, si possano riscontrare nelle dichiarazioni contrattuali scambiate via « telefax », mezzo attraverso il quale corrono e si concludono innumerevoli negozi.

Il « telefax » è un'apparecchiatura che consente la riproduzione a distanza in fac simile di documenti o immagini

⁵ Invero, a voler essere più realistici, non si può tacere la grande diffusione che ormai ha avuto e continua ad avere il fenomeno della conclusione del contratto per adesione, ossia del contratto in cui il ruolo dell'accettante è veramente limitato alla mera approvazione di un regolamento di interessi predisposto dall'altro contraente, quasi sempre un grosso ente, al punto che l'autonomia contrattuale dell'accettante sembra ormai essere stata fortemente compressa.

⁶ Il principio generale della libertà delle forme è stato acutamente messo in discussione ed infine negato da IRTI, *Idola libertatis*, Milano, 1985.

⁷ Il silenzio, in sé considerato, non può, di regola, valere come consenso attesa la sua naturale equivocità; esso, tuttavia, può avere valore di manifestazione tacita di volontà ed acquistare efficacia giuridica, quando peculiari circostanze e situazioni, oggettive e soggettive, siano tali da renderlo significativo, come sintomo rivelatore dell'intenzione delle parti »: così Cass. 15 gennaio 1973, n. 126, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, 1573 con nota di C.M. MAZZONI.

Dello stesso tenore la massima che si legge in Cass. 30 ottobre 1981, n. 5743.

⁸ Così testualmente BIANCA, *Il contratto, Diritto civile* 3, in *op. cit.*, p. 216.

⁹ Cfr. in tal senso SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *op. cit.*, p. 97.

fisse in forma permanente. Un sistema di fac simile, infatti, è costituito da un apparato trasmittente, entro al quale viene immesso il documento originale da riprodurre; da un mezzo di telecomunicazione che, in questo caso, è la rete telefonica; infine, da un'apparecchiatura o terminale ricevente dove il documento inviato viene ricostruito e riprodotto direttamente su un foglio di carta: il documento così formato dal terminale ricevente in sostanza non è altro che la copia di un documento originale trasmesso attraverso un mezzo di telecomunicazione.

Quando attraverso un tale sistema avviene lo scambio tra una proposta contrattuale e l'accettazione, numerosi sono i problemi giuridici che si pongono e che si devono risolvere; problemi direttamente collegati non soltanto ai requisiti, come si è visto essenziali, dei suddetti atti prenegoziali ma anche e soprattutto

al profilo probatorio degli atti medesimi.

Si è già visto che uno dei requisiti essenziali della proposta e dell'accettazione è, per la prima, la *completezza* del contenuto negoziale, per la seconda, la *conformità* a tale contenuto.

Tali requisiti non sembrano venire meno quando le dichiarazioni contrattuali vengano comunicate mediante « telefax »: essendo il « fax », o documento riprodotto, la copia esatta di un documento originale, se ne deduce che tutto quanto contenuto in quest'ultimo sarà riprodotto sul fac simile. Pur tuttavia, potrebbe accadere che, a causa dell'imperetto funzionamento dell'apparecchiatura, sul fac simile venga riprodotta solamente una parte del contenuto della proposta contrattuale, in modo tale da far venir meno il requisito della completezza e, di conseguenza, della conformità dell'accettazione, ingenerando nell'accettante il convincimento che il contratto avrà un contenuto diverso da quello che in realtà il proponente aveva preparato.

A tal proposito bisogna, peraltro, rilevare che ormai tutte le apparecchiature « telefax » sono dotate di un particolare sistema automatico, l'ECM (*error control mode*), mediante il quale lo stesso strumento segnala la mancata lettura di una linea o comunque di una qualsiasi lettera; in teoria, quindi, il pericolo di un tale rischio dovrebbe essere stato scongiurato. Ciò nonostante, nel caso in cui dovesse verificarsi la situazione precedentemente ipotizzata, non si potrebbe fare a meno di concludere nel senso dell'invalidità della proposta perché incompleta¹⁰.

Riferendosi al requisito della *tempestività* dell'accettazione, vi è da osservare che la caratteristica principale del « telefax » è proprio quella di far giungere in tempo reale al destinatario la copia del documento trasmesso; si potrebbe dire, pertanto, che oggi, proprio grazie a questo sistema, la tempestività dell'accettazione sarebbe il requisito la cui presenza potrebbe essere senz'altro maggiormente garantita ed assicurata rispetto agli altri.

Problemi più ardui e complessi nascono, invece, riguardo al requisito della forma; ciò naturalmente nel caso in cui per il contratto che si vuole concludere

¹⁰ Oltre a dar luogo ad un atto prenegoziale invalido, l'incompletezza della proposta a causa dell'imperetto funzionamento del « telefax » rileva anche sotto altri profili; in particolare, rileva sotto il profilo dell'errore quale vizio della volontà e soprattutto sotto il profilo della tutela dell'affidamento della controparte. Si potrebbe, infatti, verificare il caso in cui una proposta contrattuale, recante un determinato contenuto, comunicata mediante « telefax », giunga priva di alcune parti del testo perché non lette dall'apparecchiatura ma tale da dar luogo ad una proposta di per sé completa, e, dunque, tale da ingenerare nel destinatario il convincimento che l'offerta del proponente sia stata fatta alle condizioni stabilite nella proposta che egli ha ricevuto. Così, potrebbe accadere, ad esempio, che la clausola in cui il proponente indica il prezzo del bene che vuole alienare non venga letta correttamente dalla macchina, per cui, invece di trascrivere 1.000, sulla copia fax verrà riportato 100; oppure, potrebbero non essere lette, e quindi non riportate, alcune condizioni, particolarmente onerose, che, se conosciute dal destinatario, lo indurrebbero a non accettare la proposta. In tali casi, ci si chiede, vale il principio generale della tutela dell'affidamento? Senza dubbio, anche in tali casi, l'affidamento della controparte deve essere tutelato. Pertanto, il destinatario di una proposta contrattuale che accetti di stipulare il contratto sulla base del contenuto della medesima così come ricevuto sarà tutelato se, avendo valutato l'affare con la diligenza che il normale svolgimento delle relazioni umane richiede, non è stato in grado di conoscere la divergenza tra la dichiarazione ricevuta e la dichiarazione espressa nel documento originale.

Anche se la dichiarazione del proponente è stata manifestata per iscritto su un documento (l'originale), la dichiarazione medesima, così come formulata dal suo autore, non è mai giunta al destinatario; il che equivale a dire che, agli occhi dell'accettante, essa è rimasta nell'interno volere del proponente.

la legge richiede la forma scritta *ad substantiam* per cui anche la proposta e l'accettazione dovrebbero seguire la stessa prescrizione formale¹¹.

Seguendo la teoria di quella parte della dottrina, c.d. *teoria analitica del contratto*, secondo la quale l'accordo, lungi dall'essere considerato come *tertium ens* rispetto alla proposta ed all'accettazione, altro non è se non una dualità o pluralità di dichiarazioni che ne formano la struttura portante, non ha altro senso parlare di forma del contratto se non quello di forma delle singole dichiarazioni; per cui l'espressione « forma del contratto » designerebbe soltanto l'identità di forma delle dichiarazioni contrattuali¹².

Stabilito che sia la proposta che l'accettazione debbono rivestire la stessa forma richiesta per la validità del contratto, c'è da chiedersi quale sia, o meglio come dovrebbe essere qualificata, la forma della proposta e dell'accettazione comunicate mediante « telefax ».

Una dichiarazione contrattuale che giunga via « telefax » ha la forma di una copia nella quale è stato trascritto il testo di un documento originale.

Indubbiamente, una tale forma non può essere adottata in sostituzione dello scritto quando, per la stipulazione di un determinato contratto, sia richiesta la forma dell'atto pubblico e dunque l'intervento di un notaio o altro pubblico ufficiale¹³.

Quando alla redazione del documento non partecipi il notaio o altro pubblico ufficiale, ossia quando la forma adottata sia quella della scrittura privata, la questione della forma della dichiarazione contrattuale contenuta in un « fax » si fa più ardua e complessa¹⁴.

Per scrittura privata (artt. 2702-2708 cod. civ.) si intende normalmente il documento sottoscritto dall'autore dell'atto, ossia il documento al quale questi abbia apportato la sua firma autografa; la firma è autografa quando viene apposta mediante l'uso di mezzi che rivelino il movimento grafico della mano, con esclusione dunque dei mezzi meccanici¹⁵.

L'elemento caratteristico che qualifica un documento come scrittura privata è, dunque, la sottoscrizione autografa. Tale requisito svolge una duplice funzione: da un lato, esso ha una funzione

indicativa in quanto serve ad individuare l'autore dell'atto; dall'altro lato, esso svolge una funzione *dichiarativa* in quanto attraverso la sottoscrizione il dichiarante si assume la paternità del documento: di qui la necessità della sottoscrizione autografa.

Se perché ci sia scrittura privata è necessario avere un documento dotato di

¹¹ « ... l'art. 1325, n. 4, usa il termine "forma" nei casi in cui le modalità del significare sono regolate dalla legge sotto pena di nullità. Questo è l'impiego tecnico del vocabolo "forma"; ogni altro è empirico e convenzionale. Il binomio dottrinario negozi a forma libera/negozi a forma vincolata non ha basi rigorose: "forma" è soltanto la forma vincolata... ». Così testualmente IRTI, *Idola libertatis*, in *op. cit.*, p. 54.

¹² Cfr. CIAN, *Forma solenne ed interpretazione del negozio*, Padova, 1969; IRTI, *Per una teoria analitica del contratto (a proposito di un libro di Giorgio Cian)*, in *Norme e fatti*, Milano, 1984; Id., *Idola libertatis*, in *op. cit.*, p. 49 s.

Circa il requisito della forma della proposta e dell'accettazione, la dottrina è unanimemente concorde nel ritenere che esse devono rivestire la forma eventualmente necessaria per la validità del contratto.

¹³ Cfr. sul tema CLARIZIA, *Valore giuridico del documento elettronico*, Atti del Convegno a cura dell'ISTIFID sul tema *Informatica, evoluzione giuridica nell'ambiente economico*; Id., *Informatica e conclusione del contratto*, Milano, 19985; MIRABELLI, *Contratto tra terminali e documento elettronico*, in *Il Notaro*, 1986, p. 26.

¹⁴ Vedi in tema di forma GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, p. 988; IRTI, *Idola libertatis*, in *op. cit.*, p. 23 s.; ORMANNI, *Forma del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, p. 555; CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, Parma, 1925; CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, in *op. cit.*

¹⁵ Così Cass. 14 luglio 1956, n. 2682, inedita.

È necessario, peraltro, rilevare come il requisito della sottoscrizione autografa non sia stato ritenuto indispensabile dal legislatore che ha dato vita al testo della Convenzione di Vienna recante disposizioni di legge sulla vendita internazionale di cose mobili. Infatti l'art. 13 della citata Convenzione equipara espressamente il telegrafo ed il telex alla forma scritta; nulla è detto a proposito del « telefax » ma la *ratio* della norma, che è quella di attribuire il valore di scritti a documenti non muniti di firma autografa, induce a ritenere che, per analogia, anche il « telefax » possa essere equiparato ai documenti specificamente indicati nell'art. 13 della Convenzione. Per un commento alla Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980, ratificata in Italia con legge del 27 dicembre 1985, n. 303 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1988, v. *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980* (Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure - 26/27 settembre 1980) in *Quaderni di giur. comm.*, 1981, n. 39 nonché il commento di E.A. FARNSWORTH nel *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention* (a cura di C.M. BIANCA e M.J. BONELLI), Milano, 1987.

Tale principio, pur non avendo carattere e portata generale tale da incidere sui principi fondamentali del nostro sistema civilistico, costituisce pur sempre un precedente di notevole interesse.

sottoscrizione autografa del dichiarante, allora si deve escludere che una dichiarazione contrattuale comunicata via « telefax » possa essere considerata tale e che, quindi, abbia il requisito della forma richiesta dalla legge; essendo il « fax » una copia del documento originale, la sottoscrizione che su di esso eventualmente dovesse apparire sarebbe sempre una trascrizione in copia e, per di più, una trascrizione mediante mezzi meccanici; né sarebbe sufficiente ad individuare l'autore dell'atto il suo numero telefonico che pur sempre compare sul « fax »¹⁶.

Diverso dal problema della forma, più precisamente, della scrittura privata, quale requisito essenziale delle dichiarazioni prenegoziali e il problema dell'efficacia probatoria di tali atti quando siano contenuti in un « fax ».

È assai significativo che il legislatore non abbia definito in sé la scrittura privata ma che anzi l'abbia inserita nel Ti-

tolo II del Libro VI del Codice Civile, intitolato « Delle prove », trattando direttamente dell'efficacia probatoria di essa.

Anche sotto il profilo dell'efficacia probatoria dell'atto il legislatore sembra aver attribuito la qualifica di scrittura privata al documento provvisto della sottoscrizione del dichiarante. Ciò non significa, tuttavia, che non vi possano essere altri criteri di imputazione dell'atto, criteri cui ricorrere quando fosse necessario attribuire l'efficacia probatoria della scrittura privata ad un qualsiasi documento.

Secondo l'opinione di un'autorevole dottrina, un diverso criterio interpretativo viene suggerito dallo stesso legislatore nell'art. 2705, comma 1, cod. civ., laddove è stabilito che « Il telegramma ha l'efficacia probatoria della scrittura privata, se l'originale consegnato all'Ufficio di partenza è sottoscritto dal mittente, ovvero se è stato consegnato o fatto consegnare dal mittente medesimo, anche senza sottoscriverlo »¹⁷.

A parere della dottrina che qui si riporta, dal testo di questa norma emerge chiaramente che, al criterio di imputazione della firma autografa, il legislatore affianca criteri diversi, criteri per mezzo dei quali il nesso giuridico tra il testo della dichiarazione ed il suo autore è costituito da semplici comportamenti, il consegnare o il far consegnare; anche tali comportamenti, in base ad una valutazione dello stesso legislatore, consentono di imputare la dichiarazione di volontà ad un soggetto.

Non essendo l'art. 2705, comma 1, una norma eccezionale, essa sarebbe suscettibile di applicazione analogica e rappresenterebbe, dunque, la via sicura per attribuire l'efficacia probatoria della scrittura privata al « fax »¹⁸. Così « il vincolo fra autore e testo è stabilito dall'uso dell'apparato tecnico, che così assolve la funzione attributiva già soddisfatta dalla firma autografa. Il ritmo intenso degli affari e la distanza tra i soggetti comunicanti determinano, in una, l'espansione dell'attività documentatrice (non parole dette, ma parole scritte) e la crisi della firma autografa »¹⁹.

Il ricorso all'applicazione analogica dell'art. 2705 cod. civ. è stato già effettuato, ormai da tempo, dalla giurisprudenza in materia di efficacia probatoria del « telex »²⁰.

¹⁶ Per completezza di indagine, occorre, inoltre, precisare che il numero del telefono che indica l'instestazione del « telefax » non può valere neanche come indicazione del domicilio del trasmittente, dal momento che la nozione giuridica di domicilio non si presta ad essere ricondotta ed identificata in un numero telefonico. Infatti, a norma dell'art. 43, comma 1 cod. civ., « il domicilio di una persona è nel luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari ed interessi; il numero telefonico che compare sul « fax » non sempre individua il domicilio del trasmittente, potendo questi, in una determinata circostanza, fare uso di una apparecchiatura « telefax » intestata ad altri.

Per queste stesse considerazioni, il numero di telefono apposto sul « fax » si deve ritenere non sufficiente ad integrare la nozione di indirizzo cui fa riferimento l'art. 1335 cod. civ. in tema di presunzione di conoscenza nella formazione del contratto ».

¹⁷ Cfr. sul punto le interessanti riflessioni di IRTI, *Idola libertatis*, in *op. cit.*, p. 25 s.

¹⁸ Tale è la via suggerita, con suggestive argomentazioni da IRTI, *Idola libertatis*, in *op. cit.*, p. 44.

¹⁹ Così testualmente IRTI, *op. cit.*, p. 25.

²⁰ La giurisprudenza italiana si è pronunciata ripetutamente sull'efficacia probatoria del « telex ».

Vedi infatti, Pret. Napoli, 11 marzo 1974, in *Foro it.*, Rep. 1976, 2491, 20; Trib. Trieste, 30 settembre 1975, in *Diritto Marittimo*, 1976, 219; Trib. Casale Monferrato, 20 luglio 1977, in *Dir. marittimo*, 1978, 106 s.; Trib. Ascoli Piceno 7 settembre 1980, in *Foro it.*, 1980, 1, 3090; Cass. 11 aprile 1980, n. 2319, in *Foro it.*, Rep. 1980, 1680; Cass. 21 novembre 1984, n. 5971; Cass. 21 giugno 1986, n. 4125; Cass. 20 febbraio 1988, n. 1764.

In dottrina v. MANZINI, *Il telex come mezzo di prova*, in *Giur. comm.*, 1978, 1, 1884; MONTESANO, *Sul documento informatico, come rappresentazione meccanica nella prova civile*, in questa *Rivista*, 1987, p. 23; COSTANTINO, *Sulla notificazione a mezzo telex*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 181 s.; AMORY, *Aspects juridiques de l'utilisation du télécopieur*, in *Droit de l'informatique*, 4, 1988, p. 35 s.

L'orientamento giurisprudenziale, oramai consolidato, è nel senso di attribuire al « telex » l'efficacia probatoria della scrittura privata e ciò sulla base delle seguenti argomentazioni: per attribuire efficacia probatoria ad un documento il fattore essenziale e determinante è costituito dall'accertamento dell'autore e della provenienza delle dichiarazioni di volontà che vi sono contenute. Il testo del messaggio inviato mediante telescrivente, il « telex », viene composto direttamente dal mittente con impossibilità quindi di rilevare difformità tra il contenuto del messaggio stilato dal mittente e quello ricevuto dal destinatario; inoltre, pur essendo il messaggio privo di sottoscrizioni, il documento è sempre contrassegnato in apertura ed in chiusura dal numero e dalla sigla che contraddistinguono il mittente ed il destinatario, elementi questi ben più sicuri ed importanti di quelli contenuti nel telegramma per l'individuazione del mittente.

L'applicabilità in via analogica dell'art. 2705 cod. civ. alle documentazioni diverse dal telegramma non è condivisa da un'autorevole opinione dottrinale che, con efficaci argomentazioni, propone, invece, una soluzione diversa²¹.

Con rigore di metodo, la dottrina che qui si riporta parte dal presupposto che l'art. 2705, comma 1, cod. civ. è una norma eccezionale e come tale non suscettibile di applicazione analogica; l'eccezionalità della norma citata consisterebbe nel fatto che essa, attribuendo al telegramma non sottoscritto nell'originale dal mittente efficacia di prova legale ex art. 2702 cod. civ., impone al giudice il divieto di porre in dubbio « fino a querela di falso » che la dichiarazione in esso contenuta proviene da colui al quale è imputata la dichiarazione; tale divieto costituirebbe, infatti, una deroga al principio generale della libera valutazione delle prove di cui all'art. 116, comma 1, cod. proc. civ.

Escluso il ricorso al metodo dell'interpretazione analogica, la via meno ardua per far assurgere a prove civili documentali gli scritti diversi dal telegramma ma affini ad esso (« telex », « fax »), a parere della dottrina cui si fa riferimento, sembra essere quella indicata dall'art. 2712 cod. civ., norma nella quale l'espressione « ... in genere, ogni rappresentazione meccanica dei fatti... »

testimonierebbe l'intenzione del legislatore di dettare in quell'articolo la disciplina di ogni strumento meccanico attraverso il quale siano creati atti contenenti dichiarazioni giuridicamente rilevanti.

Passando poi ad esaminare la questione dell'efficacia probatoria che è propria di tali rappresentazioni meccaniche, l'opinione della dottrina citata, lungi dal prendere una netta posizione con alcuna delle due opposte tendenze dottrinali, una, che fa capo al Carnelutti, secondo cui le rappresentazioni meccaniche vanno equiparate alla scrittura privata a tutti gli effetti²², l'altra, che fa capo al Liebman, che subordina l'efficacia probatoria di tali strumenti alle regole generali sull'istruzione probatoria ed al prudente apprezzamento del giudice²³, sceglie di seguire una via intermedia negando alle rappresentazioni meccaniche l'efficacia probatoria di « prova legale fino a querela di falso », dal momento che per esse l'art. 2712 cod. civ. non detta alcuna procedura di disconoscimento e di verifica prevista, invece, per la scrittura privata, ed attribuendo ad esse l'efficacia di prova legale, peraltro limitata a quel singolo giudizio, quando, prodotte in giudizio nei confronti della controparte, questa non le disconosca: soltanto entro questi limiti, nel vigente sistema delle prove civili, le rappresentazioni meccaniche si potrebbero classificare come prove documentali.

L'impostazione seguita da questa dottrina ha trovato un preciso riscontro in una sentenza assai recente della Corte di Cassazione: in motivazione la Suprema Corte, prendendo in esame la questione riguardante l'ammissibilità di una delega rilasciata dal difensore ad un suo sostituto per la discussione della causa e depositata non in originale ma in copia riprodotta dal servizio « telefax », ha rilevato, senza alcuna esitazione, come tale riproduzione possa essere fatta rien-

²¹ Vedi MONTESANO, *Sul documento informatico come rappresentazione...*, in questa Rivista, 1987, p. 23.

²² Cfr. CARNELUTTI, *Prova fotografica e fonografica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, I, p. 233.

²³ LIEBMAN, *Manuale di dir. process. civ.*, vol. II, Milano, 1981, pp. 120-121.

trare tra le riproduzioni meccaniche di cui all'art. 2712 cod. civ., essendo l'elencazione della norma meramente esemplificativa; queste « in genere formano piena prova dei fatti o delle cose rappresentate se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime »²⁴.

Alla luce di queste brevi considerazioni, sembra sia giunto il momento di trarre alcune conclusioni.

Con riguardo al requisito della forma della dichiarazione contrattuale contenuta in un « fax », è sembrato opportuno distinguere due profili diversi: sotto il profilo della forma, intesa quale requisito essenziale della proposta e/o dell'accettazione richiesto sotto pena di invalidità, si è rilevato come una dichiarazione contrattuale comunicata via « telefax » non possa assolvere a tale finalità essendo essa una copia della dichiarazione originale che rimane comunque nelle mani del trasmittente e che, ciò che è più importante, è priva di sottoscrizione autografa. La sottoscrizione, infatti, è autografa quando essa venga apposta attraverso l'uso di strumenti che consentano il movimento grafico della mano; essendo questa la caratteristica peculiare della sottoscrizione autografa, non può considerarsi tale la firma che, in quanto letta e riprodotta da una apparecchiatura, compare sul « fax ».

Sotto il profilo della forma, considerata, invece, ai fini dell'efficacia probatoria dell'atto, e, quindi, con riferimento ai contratti per i quali la forma scritta non è richiesta *ad substantiam*, si è visto che la proposta e/o l'accettazione comunicate mediante « telefax » possono essere fatte valere a tutti gli effetti come scritture private; e ciò può avvenire sia se a tale equiparazione si giunga per via analogica ex art. 2705 cod. civ., come sembra fare la giurisprudenza, sia se ad essa si pervenga seguendo la via dell'interpretazione estensiva dell'art. 2712 cod. civ.

LA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO MEDIANTE TELEFAX.

Di regola, il procedimento di conclusione del contratto si considera perfezionato nel momento in cui le parti esprimono il loro definitivo consenso. Tale momento, nel normale schema di formazione del negozio e quindi nell'ordinario avvicinarsi degli atti prenegoziali proposta-accettazione, coincide con il momento ed il luogo in cui il proponente ha avuto conoscenza dell'accettazione dell'altra parte. Stabilire il tempo ed il luogo della conclusione del contratto ha una notevole rilevanza pratica non solo al fine di individuare la legge regolatrice del contratto nel diritto internazionale privato nei casi, sempre più frequenti, in cui si stipulino accordi fra parti residenti in paesi diversi, ma anche al fine di stabilire il luogo dell'adempimento nonché la competenza territoriale del giudice.

A tal proposito, si è visto che l'enunciato fondamentale è che il contratto è concluso nel momento in cui il proponente ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte (art. 1326, comma 1, cod. civ.).

Il disposto di questa norma sta a dimostrare che tra i vari criteri che si sarebbero potuti adottare, ossia tra il *principio della dichiarazione*, secondo cui la volontà contrattuale esplica la sua efficacia non appena dichiarata, il *principio della spedizione*, secondo cui tale efficacia si ha non appena la dichiarazione sia trasmessa all'altra parte, il *principio della ricezione*, secondo cui il contratto si perfeziona nel momento in cui l'altra parte riceve la dichiarazione di accettazione ed il *principio della cognizione*, in base al quale, perché il contratto possa ritenersi concluso, occorre che l'altra parte abbia conoscenza dell'accettazione, il legislatore ha seguito quest'ultimo principio dando così importanza determinante all'effettiva presa di conoscenza da parte del proponente. È opportuno, tuttavia, rilevare sin d'ora come il principio della cognizione sia stato mitigato dallo stesso legislatore il quale, al fine di evitare l'eventualità che il proponente, non più interessato all'affare, opponga di non aver avuto cognizione del-

²⁴ Cfr. Cass. 13 febbraio 1989, n. 886, in questa *Rivista*, 1989, 545.

l'accettazione, nell'art. 1335 cod. civ. ha stabilito che la dichiarazione contrattuale diretta ad una persona si reputa conosciuta da questa nel momento in cui essa giunga all'indirizzo del destinatario. Si è stabilita così una presunzione di effettiva conoscenza per cui, per dimostrare che il contratto si è concluso è sufficiente provare che l'accettazione è pervenuta all'indirizzo del proponente; graverà su quest'ultimo l'onere di provare di essersi trovato senza colpa, sua o dei suoi dipendenti, nell'impossibilità di averne notizia.

Dall'insieme di queste regole discende la rilevanza di uno specifico onere dell'autore della dichiarazione contrattuale di portare il proprio atto a conoscenza del destinatario; si tratta ora di vedere cosa accade quando un tale onere venga adempiuto mediante l'uso del « telefax ».

Il contratto concluso mediante lo scambio di proposta-accettazione trasmesse via « telefax »²⁵, può essere senza dubbio fatto rientrare tra i contratti stipulati tra persone che si trovano in luoghi diversi e si avvalgono di mezzi mediati di comunicazione; in particolare, qualora alla proposta comunicata via « telefax » segua immediatamente l'accettazione dell'altra parte, poiché la comunicazione per telefax si realizza in tempi reali, l'accordo così raggiunto può essere assimilato al contratto concluso per telefono. A questo, secondo l'opinione unanime della dottrina e della giurisprudenza, si applicano le regole relative alla stipulazione tra presenti, per quanto riguarda il tempo, e quelle relative alla stipulazione tra persone lontane, per quanto riguarda il luogo²⁶. Così, con riguardo al momento della conclusione, avvalendosi i contraenti di un mezzo di comunicazione diretta qual è il « telefax », si ritiene che la stipulazione avvenga tra presenti; pertanto, si tratterà solamente di valutare la validità del consenso, ossia di vedere se sussista una manifestazione di volontà obiettivamente idonea ad essere intesa dal destinatario come volontà contrattuale.

Occorrerà valutare, inoltre, quale sia il momento in cui è stata emessa la dichiarazione contrattuale, se quello indicato nella data apposta sulla dichiarazione medesima o quello che l'apparecchiatura « telefax » trascrive su ogni do-

cumento che viene trasmesso indicando anche l'ora.

Una tale valutazione può compiersi tenendo conto del fatto che la data che compare sul « fax » è un elemento esterno e, dunque, estraneo alla dichiarazione negoziale: pertanto, quando la data è indicata nel testo della dichiarazione è questa, e non quella che viene apposta in apertura del fax, che fa fede nella determinazione del momento della conclusione del contratto; viceversa, qualora nel testo della dichiarazione non venga apposta alcuna data, allora si dovrà fare riferimento alla data che compare sul « fax ».

Con riguardo, invece, al luogo, il contratto si considera intercorso tra persone lontane e perfezionato là dove si trovava il proponente quando ha avuto conoscenza dell'accettazione.

Come già accennato in precedenza, il luogo di perfezionamento del contratto assume una rilevanza specifica non soltanto perché da esso consegue la competenza territoriale del giudice del dato luogo ma anche perché in base ad esso è possibile individuare la legge regolatrice e, quindi, applicabile, nell'ipotesi di contratti stipulati fra persone di diversa nazionalità, residenti in Stati diversi. A tal proposito, occorre sin d'ora segnalare i problemi che nasceranno circa la determinazione dell'ordinamento giuridico da applicare, del potere giurisdizionale del giudice nonché del luogo in cui sorge l'obbligazione, quando in un futuro ormai prossimo saranno creati dei

²⁵ I contratti che possono essere stipulati via « telefax », per le considerazioni svolte in precedenza, possono essere solamente quelli che rientrano nella categoria dei contratti a forma libera, con esclusione quindi di quelli elencati nell'art. 1350 cod. civ. per i quali è espressamente richiesta, sotto pena di nullità, la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata.

²⁶ Cfr. in dottrina BIANCA, *Il contratto*, in *op. cit.*, p. 220 s.; MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, p. 875; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *op. cit.*, p. 55; CARRESI, *Il contratto*, in *op. cit.*, p. 753; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *op. cit.*, p. 103.

In giurisprudenza cfr. Cass. 8 maggio 1965, n. 864, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 432; Cass. 6 febbraio 1970, n. 267, in *Giur. it.*, Rep. 1970, voce *Obbl. e contr.*, n. 61; Cass. 3 agosto 1973, n. 2253, *ivi*, Rep. 1973, n. 69; Cass. 18 gennaio 1974, n. 142, *ivi*, Rep. 1974, n. 68.

macchinari — telefax portatili, ossia fatti in modo tale da consentire all'utente di trasportarli con sé durante i suoi spostamenti²⁷.

Analoghe considerazioni si possono fare nel caso in cui alla proposta contrattuale trasmessa via « telefax » non segua immediatamente l'accettazione ma questa venga comunicata dopo un certo intervallo di tempo e, tuttavia, sempre attraverso il « telefax ». È questo il caso in cui, non essendoci contestualità tra proposta ed accettazione, alla conclusione del contratto si giunge mediante il procedimento descritto nell'art. 1326 cod. civ. ma tale procedimento è scandito da un intervallo di tempo notevole che si interpone tra i due atti prenegoziali ed il cui scorrere può determinare l'accadere di altre vicende giuridiche inerenti al rapporto che si sta instaurando. Viene anzitutto in considerazione quanto disposto dall'art. 1328 cod. civ. laddove viene espressamente riconosciuto il potere del proponente di revocare la proposta fino a quando il contratto non si sia perfezionato, ossia fino al momento in cui egli stesso non abbia avuto conoscenza dell'accettazione dell'altra parte.

Per opinione unanime della dottrina e della giurisprudenza, la dichiarazione di revoca della proposta è un atto giuridico negoziale non recettizio e come tale essa produce effetto in seguito alla semplice emissione; conseguentemente, il proponente potrebbe impedire la conclusione

del contratto con la sola emissione della dichiarazione di revoca, a prescindere dal momento in cui questa sia ricevuta dall'altra parte²⁸.

Peraltro, se il potere di revoca, quale espressione del più ampio potere di autonomia negoziale, non poteva non essere riconosciuto, ciò nonostante la tutela della posizione contrattuale dell'accettante non poteva comunque risulterne mortificata. A ciò ha provveduto l'art. 1368 cod. civ. stabilendo che qualora l'accettante, prima di avere conoscenza della revoca, abbia « intrapreso in buona fede » l'esecuzione del contratto, allora « il proponente è tenuto ad indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l'iniziativa esecuzione del contratto »²⁹.

Anche l'accettazione può essere revocata ma, come prescrive il comma 2 dell'art. 1328, « la revoca deve giungere a conoscenza del proponente prima dell'accettazione stessa ».

Quando la dichiarazione di revoca viene comunicata via « telefax » non sorge alcun problema se la revoca riguarda la proposta contrattuale: il proponente può far conoscere in tempo reale all'accettante la sua decisione circa la volontà di non concludere più quel determinato contratto; in tal caso il « telefax » si presta meglio di ogni altro mezzo di comunicazione a trasmettere tempestivamente la dichiarazione di revoca.

Alcuni problemi possono sorgere, invece, con riguardo alla revoca dell'accettazione; non si vede, infatti, come, trasmessa via « telefax » l'accettazione, l'accettante possa revocarla tempestivamente, ossia prima che giunga al proponente, se essa perviene a quest'ultimo in tempo reale. In tale ipotesi, l'unico mezzo per comunicare in tempo utile la revoca dell'accettazione sembrerebbe essere rappresentata dal telefono, di modo che l'accettante dovrebbe riuscire a comunicare telefonicamente al proponente che l'accettazione che a lui sta per giungere via « telefax » deve essere considerata revocata. Ma è sempre possibile usufruire di questa alternativa dell'utilizzo di altre linee telefoniche non commutate sul servizio « telefax » ed intestate allo stesso proponente? Oppure è più facile che si verifichi il caso dell'impossibilità a ricevere delle altre linee telefoniche perché occupate, mentre in-

²⁷ Si potrà, dunque, verificare il caso in cui il proponente abbia notizia dell'accettazione durante un suo viaggio nel percorso aereo tra Milano e New York. In tali ipotesi, non sempre potrà essere facile individuare quale sarà la legge applicabile o il criterio di collegamento cui fare riferimento; o ancora, quale sarà il giudice competente, se quello nazionale o quello straniero.

²⁸ In dottrina vedi, tra gli altri, RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, in *op. cit.*, p. 194 s.; GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 68 s.; DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962, p. 143. In giurisprudenza cfr. tra le più significative Cass. 9 luglio 1981, n. 4489, in *Foro it.*, 1982, I, 456 con nota di PRESTIPINO; Cass. 9 aprile 1981, n. 2083.

²⁹ In dottrina si è sostenuto che tale obbligo di indennizzo integra una ipotesi di responsabilità per atto lecito, considerato che si attua « un contemperamento di interessi, tra l'interesse alla revoca della proposta (tutelato direttamente) e l'interesse dell'oblato a dare inizio all'esecuzione del contratto dopo l'accettazione ». Così testualmente BIANCA, *Il contratto*, in *op. cit.*, p. 235 e note.

tanto il « telefax » fa giungere al proponente l'accettazione contrattuale?

Sono vicende che nella pratica si possono assai frequentemente verificare e che mettono in chiaro come spesso i meccanismi legislativi ormai non sono più al passo coi tempi.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

In questa breve disamina dei problemi giuridici nascenti dalla conclusione del contratto mediante scambio di proposta ed accettazione via « telefax » si è potuto constatare come l'aspetto che, senza dubbio, si presta a diverse considerazioni critiche è inerente al requisito della forma.

A tal proposito, si è ritenuto opportuno trattare l'argomento sotto due profili diversi a seconda che la forma di un atto sia richiesta *ad substantiam*, quale requisito essenziale del contratto, oppure quale « veste » caratteristica dell'atto, affinché lo stesso acquisti l'efficacia probatoria della scrittura privata.

Sotto il primo profilo, dunque con riguardo ai contratti cc.dd. a forma vincolata di cui all'art. 1350 cod. civ., si è escluso che essi si possano perfezionare mediante lo scambio delle dichiarazioni di volontà via « telefax »; ciò in considerazione del fatto che, con riferimento ai contratti che devono essere stipulati per atto pubblico, al momento dello scambio dei consensi è necessaria la presenza fisica del pubblico ufficiale il quale riceve le dichiarazioni contrattuali delle parti e le rende per iscritto; riguardo ai contratti che si possono perfezionare anche con scrittura privata, si è rilevato come la dichiarazione contrattuale contenuta in un « fax », essendo una copia dell'originale, non possa essere considerata una scrittura privata, mancando essa della sottoscrizione autografa. Diverse considerazioni si sono fatte con riguardo alla forma quale mezzo per attribuire ad uno scritto la particolare efficacia probatoria della scrittura privata; in tal caso, infatti, la forma non è richiesta quale requisito essenziale per la struttura del negozio, la cui mancanza ne produrrebbe la nullità, ma è destinata a svolgere una funzione particolare che è quella di fornire la prova del contratto concluso.

In tale ipotesi, seguendo l'opinione della dottrina e della giurisprudenza, si è ritenuto che non solo gli atti o le dichiarazioni provvisti di sottoscrizione autografa possono acquisire l'efficacia probatoria della scrittura privata ma anche tutti gli altri documenti che per la loro stessa natura vengono riprodotti ma non sottoscritti: a questi atti una tale efficacia probatoria è stata attribuita o attraverso l'interpretazione analogica dell'art. 2705 cod. civ. oppure mediante l'interpretazione estensiva dell'art. 2712 cod. civ.

Occorre a questo punto prendere atto del fatto che tali comportamenti si rivelano quali chiari sintomi del processo, ormai instauratosi ma destinato ad intensificarsi, che è stato chiamato di « crisi della sottoscrizione »³⁰.

Nella moderna economia, gli operatori economici trovano più utile allo svolgimento dei loro affari comunicare attraverso dichiarazioni affidate a macchinari meccanici in grado di trasmetterle in tempi reali. La diffusione di tale prassi ha reso ormai insopprimibile la circolazione di testi scritti, ma privi di sottoscrizione autografa, requisito questo ormai incompatibile con le moderne tecnologie di comunicazione; da qui l'esigenza di trovare nuovi criteri di imputazione alla persona del dichiarante e di legalizzarli onde evitare il ricorso all'interpretazione estensiva o analogica, talvolta arduo e pericoloso.

TERESA PASQUINO

³⁰ Per tale definizione cfr. IRTI, *Idola libertatis*, in *op. cit.*, p. 75.