

MAURO PENNASILICO

LA CONCLUSIONE DEI CONTRATTI *ON-LINE* TRA CONTINUITÀ E INNOVAZIONE

SOMMARIO: 1. Il contratto nello spazio « cibernetico »: continuità o innovazione? — 2. La nozione di contratto telematico. — 3. La configurabilità di trattative precontrattuali. — 4. Le tecniche di conclusione dei contratti *on-line* e la disciplina del d.lg. 9 aprile 2003, n. 70. — 5. *Segue: a)* la tecnica « generale » (artt. 1326 e 1335 c.c.). — 6. *Segue: b)* l'accettazione mediante inizio dell'esecuzione. — 7. *Segue: c)* la conclusione ex art. 1333 c.c. — 8. *Segue: d)* l'offerta al pubblico. — 9. *Segue: e)* l'invito a proporre. — 10. L'errore sull'ordine di acquisto. — 11. La determinazione della legge applicabile e della competenza giurisdizionale. — 12. La conclusione dei contratti telematici tra continuità e innovazione.

1. IL CONTRATTO NELLO SPAZIO « CIBERNETICO »: CONTINUITÀ O INNOVAZIONE?

L'evoluzione del contratto è intrinsecamente connessa all'evoluzione delle tecnologie che condizionano i rapporti di scambio¹. Il contratto, quale raffinata tecnica di circolazione della ricchezza, si apre necessariamente agli strumenti informatici, alla c.d. multi-medialità e, in particolare, al nuovo spazio « cibernetico » offerto da *Internet*, la Rete globale di reti di telecomunicazioni², in grado di agevolare enormemente le negoziazioni, connettendo in « tempo reale » più *computers* tra loro, annullando le distanze³ e ridu-

* Lo scritto riproduce, con qualche modifica e l'aggiunta delle note, la lezione tenuta il 21 aprile 2004 presso la Scuola forense di Bari; è dedicato alla cara memoria di Raffaele Caravaglios.

¹ Cfr. N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 364 (poi in *Id.*, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, p. 128).

² Sulle principali problematiche sollevate da *Internet*, cfr. F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003; *Id.*, *Internet e crisi del diritto privato: tra globalizzazione, dematerializzazione e anonimato virtuale*, in

Riv. crit. dir. priv., 2003, p. 117 ss.; R. BOCCHINI, *Il contratto di accesso ad Internet*, in AA.VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. Valentino, Napoli, 2004, p. 99 ss.; *Id.*, *La responsabilità contrattuale ed extracontrattuale telematica*, *ivi*, p. 107 ss.

³ In dottrina è stato elaborato, al riguardo, il concetto di « morte della distanza ». Cfr. R. CAIRNCROSS, *The Death of Distance: how the Communications Revolution will change our Lives*, Boston, 1997, richiamato da P. STANZIONE, *Commercio elettronico, contratto e altre categorie civilistiche*, in questa *Rivista*, 2001, p. 651.

cendo al minimo i costi. La Rete telematica ha introdotto, com'è stato osservato, un « nuovo universo simbolico »⁴, innovando dimensioni fondamentali del pensiero umano quali tempo, spazio e linguaggio.

Lo spazio cibernetico, in quanto luogo « virtuale », differisce da altri spazi dei quali si occupa abitualmente il giurista, come, ad esempio, lo spazio terrestre, marittimo o aereo⁵. Il *cyberspace* determina un movimento non già fisico di persone, veicoli o cose, ma di impulsi elettronici⁶; sì che, all'interprete si pone non tanto il problema della ripartizione dello spazio e della conseguente attribuzione di titolarità, quanto piuttosto dell'organizzazione della « navigazione » all'interno di esso tramite tecniche che mutano il senso del tempo, al punto da distinguersi tra tempo « storico » e tempo « tecnologico » o « virtuale ». Quest'ultimo è il « non tempo » della « cliccata », l'immediatezza di un atto che si consuma nell'istante del suo compimento, così rendendo difficile, se non impossibile, la configurabilità di atti successivi ad effetti contrari⁷ (si pensi, ad esempio, alla revoca delle dichiarazioni contrattuali tra soggetti lontani⁸).

⁴ C. CAMARDI, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche. Un nuovo modello di scambio*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 557 ss., poi in V. RICCIUTO e N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. di dir. comm.* Galgano, Padova, 2002, p. 4 (da cui si cita).

⁵ Secondo N. IRTI, *Norma e luoghi*, cit., p. 65 s., si tratta di un « non-luogo » (poiché « i 'luoghi' appartengono a terra mare aria ») nel quale, pur essendo individuabile la collocazione dei singoli *computers*, « il contenuto, visivo e auditivo, non ha posizione nello spazio »; sì che, l'utente « si muove in un indefinito campo di energia »; sostiene, in proposito, G. FINOCCHIARO, *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in V. RICCIUTO e N. ZORZI (a cura di), *op. cit.*, p. 16 (e già in *Contr. e impr.*, 2001, p. 571), che *Internet* « non è un luogo, ma è un mezzo di comunicazione: ed è, per di più, un mezzo di comunicazione che per sua natura rende assai difficoltosa la collocazione geografica dei soggetti che di esso si servono per comunicare ».

⁶ Cfr. G. ALPA, *Premessa*, in E. TOSI (a cura di), *I problemi giuridici di Internet. Dall'E-commerce all'E-Business*, 2^a ed., Milano, 2001, p. XIII; analogamente, F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, cit., p. 201.

⁷ In tal senso, C. CAMARDI, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche*, cit.,

p. 4, secondo la quale « il contratto delle reti telematiche appare sempre più come un atto governato da una procedura standardizzata irreversibile, spersonalizzato, deontestualizzato rispetto al tempo e allo spazio » (*ivi*, p. 14). A ben guardare, le dichiarazioni negoziali hanno sempre avuto un contenuto altrettanto, se non maggiormente, « spirituale » degli impulsi elettronici (la volontà), ed hanno sempre operato, a loro volta, su un *quid* altrettanto immateriale (i diritti, non le cose): « Invero la "virtualità" del luogo e del momento di conclusione, nonché della esistenza della conclusione medesima, è sempre stata una caratteristica immanente ed intrinseca del procedimento di formazione del contratto. La virtualità di ciò che viene comunicato e degli effetti di tale comunicazione, la trasformazione delle parole in "spirito" (la volontà) e degli oggetti negoziati in "essenze" (i diritti), rappresenta anzi un aspetto caratteristico del fenomeno giuridico in generale e, nell'ambito del procedimento di perfezionamento, raggiunge i suoi esiti estremi ». Così, N. SCANNICCHIO, *La conclusione del contratto online nella direttiva europea sul commercio elettronico*, in A. ANTONUCCI (a cura di), *E-commerce. La direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*, Milano, 2001, p. 104 s.

⁸ Torneremo fra breve sul punto: cfr., *infra*, § 5.

Tuttavia, occorre non cedere alla fascinazione di una tecnologia telematica che « determina la creazione di un universo impalpabile, di un'astratta iper-realtà, che, stando sopra le cose, le svuota di storicità e territorialità »⁹. I beni, le prestazioni, pur se realizzate mediante *Internet*, vivono comunque nella realtà materiale, giacché devono soddisfare bisogni umani, « che si inseriscono, dunque, non nella dimensione temporale astratta della rete, ma in quella concreta degli interessi di chi della rete si serve »¹⁰. D'altra parte, come afferma un illustre Maestro, la « cifra che caratterizza la realtà del presente è il sovrastante sviluppo della fenomenologia reale dell'immaterialità [...]. Ma tutte le volte in cui gli interessi impegnati in un'operazione prevalentemente immateriale, come sono quelle che si svolgono nel settore dell'informatica, non possono venire realizzati se non mediante un *facere* che incide sulla realtà materiale — esemplarmente, la consegna della cosa oggetto di un contratto informatico di compravendita —, la situazione immateriale è costretta a materializzarsi »¹¹.

⁹ Così, invece, N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 358, ove si aggiunge che i « siti » telematici « non designano in verità luoghi della terra, ma puri luoghi della memoria; e che la "navigazione" si svolge in uno spazio astratto, fuori dalla storia degli uomini ». La telematica, insiste Irti, scioglie « dalla stessa immagine delle cose » e costruisce « uno strato di rapporti sopra la realtà ».

¹⁰ C. SCOGNAMIGLIO, *L'adempimento dell'operazione economica telematica tra « realtà virtuale » ed « interessi dei contraenti »*, in V. RICCIUTO e N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, cit., p. 159, il quale rileva che le suggestive raffigurazioni dell'algido universo telematico « non debbono farci dimenticare che — al di là dei bites e degli schermi — vivono ed agiscono gli uomini, portatori di bisogni e di interessi che anche la realtà virtuale della rete deve soddisfare: bisogni ed interessi che soli consentono di spiegare, infine, il senso delle operazioni economiche telematiche » (ivi, p. 161 s.); v. anche A. MALOMO, *E-commerce: profili giuridici generali e problematiche contrattuali*, in *Riv. giur. Mol. e Sannio*, 2002, 2, p. 119.

¹¹ A. FALZEA, *Il civilista e le sfide d'inizio millennio (Ricerca giuridica ed etica dei valori)*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea, Messina 4-7 giugno 2002, Milano, 2004, p. 9 s., il quale aggiunge, con rara acutezza, che la « incompatibilità

con la realtà che è propria della idealità non si comunica [...] alla immaterialità, che può essere, a seconda della dimensione in cui opera, ideale o al contrario reale. E reali, anche se con presenze immateriali, sono le relazioni rientranti nella fenomenologia informatica della globalità. Immateriale ma reale è il sito informatico e reali, anche se immateriali, sono le comunicazioni che ad esso pervengono o da esso provengono » (ivi, p. 10).

Da un ulteriore punto di vista, non sembra corretto attribuire una valenza assoluta al carattere « virtuale » dell'ambiente telematico, del tutto svincolato cioè dal dato reale e dai consueti elementi di spazialità e temporalità, giacché « il fenomeno telematico si basa su infrastrutture (*hardware*) fisicamente esistenti e geograficamente ubicate e si realizza mediante la veicolazione di impulsi elettronici che appartengono al dato reale, lasciano tracce che sono collocabili nel tempo e nello spazio, con una precisione spesso sorprendente »: F. BRAVO, « Domain names » e luogo di conclusione dei contratti telematici, in *Contratti*, 2004, p. 419, il quale richiama a conforto R. BORRUSO e C. TIBERI, *L'informatica per il giurista. Dal BIT a INTERNET*, 2^a ed., Milano, 2001, p. 53, ove si discorre testualmente di « scindibilità fisica » dei bites dal supporto che li contiene; v. anche C.M. BIANCA, *I contratti digitali*, in *Studium iuris*, 1998, p. 1036, ove si rileva che « gli impulsi elettronici sono pur sempre una realtà materiale ».

Possiamo chiudere queste notazioni introduttive, non prima di avere osservato come *Internet* sia capace tanto di creare un nuovo modello di commercio, quanto di influenzare le modalità classiche della contrattazione. Sotto il primo profilo, potenzialità sconfinite presenta l'*e-commerce* o commercio « elettronico »¹², inteso come l'insieme delle transazioni (*rectius*, contrattazioni) commerciali aventi ad oggetto beni o servizi, che si instaurano tra soggetti mediante l'uso di strumenti telematici (c.dd. acquisti *on-line*, « in linea », « in rete »), o anche di strumenti soltanto informatici (c.dd. acquisti *off-line*, che richiedono non già la trasmissione « in rete » dei dati, ma il mero uso di strumenti elettronici « non in linea »: si pensi all'invio di un'offerta contrattuale a mezzo *cd-rom* o *floppy disk*)¹³.

Ciò che s'intende, in questa sede, esaminare sono le ipotesi di conclusione *on-line* del contratto, al fine di verificare quanto il peculiare mezzo di trasmissione delle dichiarazioni contrattuali costituito da *Internet* incida sulla disciplina tradizionale della formazione dei contratti¹⁴. Occorre procedere considerando sia le disposizioni del codice civile del '42 — le quali, come vedremo, si applicano, per esplicita scelta legislativa, anche alle nuove fattispecie¹⁵ —, sia il recente d.lg. 9 aprile 2003, n. 70, attuativo della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico¹⁶, per valutare, infine, se

¹² Parte della dottrina denuncia l'imprecisione del termine « commercio elettronico », preferendo la locuzione « commercio telematico », giacché « lo strumento immediato di trasmissione delle informazioni e delle rispettive volontà delle parti è la telematica, ed è la dimensione telematica a rappresentare lo "spazio" tecnologico entro cui si attuano i rapporti intersoggettivi di commercio; l'elettronica rappresenta piuttosto la sottostante tecnologia di gestione delle forze elettriche che si utilizzano nell'informatica e nella telematica »: G. PICA, *Commercio telematico*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Aggiorn., 2, I, Torino, 2003, p. 269. Tuttavia, poiché il fenomeno « trova già un'etichetta stabilizzata, seppur imprecisa, coniata dall'economista e già utilizzata in via istituzionale, [...] pare inevitabile continuare ad adottare la medesima, pur con la consapevolezza della sua imprecisione »: F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, in *Tratt. di dir. econ.* Picozza e Gabrielli, I, Padova, 2004, p. 5 s.

¹³ La letteratura sul commercio « elettronico » è sempre più copiosa; si limita, per brevità, il rinvio alla dottrina più recente, ove ulteriori indicazioni bibliografiche: E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano, 2003; AA.VV., *I nuovi con-*

tratti nella prassi civile e commerciale, IX, *Computer e nuove tecnologie di comunicazione*, coordinamento di F. Bilotta, Torino, 2004, spec. p. 197 ss.; F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, cit., p. 3 ss.; v. anche, in densa sintesi, A. MALOMO, *E-commerce: profili giuridici generali e problematiche contrattuali*, cit., p. 117 ss.

¹⁴ Le tecniche della contrattazione telematica hanno fatto decorrere di « modificazione drammatica e radicale dell'« ambiente » contrattuale in cui, a seguito del ricorso a tali sistemi, il soggetto privato consumatore si trova ad operare rispetto al set contrattuale cui è normalmente avvezzo » (N. SCANNICCHIO, *Consumatori e contratti a distanza tra ordinamenti nazionali, direttive comunitarie e diritto comparato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 60); sì che, la disciplina generale del contratto stenterebbe a tenere il passo della rapida evoluzione del commercio informatico (G. GRISI, *La frontiera telematica della contrattazione a distanza*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, II, p. 878 s.).

¹⁵ Cfr., *infra*, §§ 4 e 12.

¹⁶ A commento di entrambe le fonti cfr. A. SICA, *Il decreto legislativo 9 aprile 2003 n. 70: autoregolamentazione e codici deontologici nei contratti telematici*, in questa *Rivista*, 2003, p. 881 ss.

l'approccio metodologico che, nel segno della continuità concettuale, inquadra le tecniche di conclusione dei contratti *on-line* nelle tradizionali categorie civilistiche¹⁷, si riveli del tutto adeguato alla realtà «concreta» del commercio «virtuale». Il discorso non può, tuttavia, procedere se non individuando, preliminarmente, la nozione di contratto telematico.

2. LA NOZIONE DI CONTRATTO TELEMATICO.

Per contratto telematico o «virtuale»¹⁸ s'intende il contratto concluso mediante la trasmissione di dati informatizzati tra due *computers* connessi (non necessariamente tramite il *web*), ossia l'accordo tra soggetti che utilizzano *computers* (o altri strumenti informatici) tra loro collegati e che sono, dunque, reciprocamente assenti (contratto *inter absentes*), poiché la loro interfaccia diretta è costituita proprio dallo strumento informatico utilizzato¹⁹. Tale categoria non va confusa con quella dei contratti stipulati nel mondo «reale» e soltanto *ad esecuzione telematica*. In questo caso, il *computer* (o qualsiasi altro mezzo telematico) è lo strumento non di intermediazione per il perfezionamento dell'accordo, ma di esecuzione di un accordo concluso in altra sede, mediante mezzi «tradizionali» (basti pensare al trasferimento elettronico di fondi)²⁰.

I contratti *a conclusione telematica* si distinguono secondo che il perfezionamento avvenga nell'ambito di una comunità «chiusa» o «aperta». Nella prima ipotesi, il commercio «elettronico» è ca-

¹⁷ Un cenno in tal senso si ravvisa in P. PERLINGIERI, *Metodo, categorie, sistema nel diritto del commercio elettronico* (2002), in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 362 s.; con maggior respiro, P. STANZIONE, *Commercio elettronico, contratto e altre categorie civilistiche*, cit., p. 656 s.; cfr., altresì, gli scritti raccolti in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, ed in particolare C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e l'esecuzione del contratto telematico*, *ivi*, p. 81 ss.; nonché M. GORGONI e G. GRISI, *Restano i dubbi sulla conclusione del negozio*, in *Guida al dir.*, 2003, n. 20, p. 42 ss.

¹⁸ Secondo la definizione introdotta, nella dottrina italiana, da V. FRANCESCHELLI, *Il contratto virtuale. Diritto nel cyberspazio*, in *Contratti*, 1995, p. 569; per l'elaborazione della categoria, cfr. E. TOSI, *Contrattazione telematica e conclusione del contratto virtuale*, in C. ROSSELLO, G.

FINOCCHIARO e E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, Torino, 2003, p. 97 ss.

¹⁹ Sulla nozione di contratto telematico cfr., nella dottrina più recente, F. DELFINI, *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano, 2002; V. RICCIUTO e N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, cit.; G. PERLINGIERI, *Le nuove tecnologie e il contratto*, in AA.VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, cit., p. 15 ss.; L. PONTI e F. SPADETTO, *Il contratto telematico*, in AA.VV., *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, IX, cit., p. 269 ss.; v. anche, a commento dei primi due volumi, G. FINOCCHIARO, *La letteratura sul contratto telematico*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 1197 ss.

²⁰ Cfr. R. PICARO, *Contratti ad esecuzione telematica*, in F. BOCCHINI (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, I, *Gli scambi*, Torino, 2003, p. 207 ss.; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 15.

ratterizzato dalla conoscenza reciproca dei soggetti (imprenditori e società commerciali) che vi partecipano all'interno di settori limitati: si tratta di un ristretto numero di imprese *partners*, in contatto tra loro mediante reti chiuse di tipo proprietario, il cui accesso è precluso ai soggetti non accreditati. Nella seconda ipotesi, si ha riguardo al commercio telematico in *Internet*, che si esplica, prevalentemente, tra imprese e consumatori (senza escludere altri tipi di rapporti: tra semplici utilizzatori, tra impresa e P.A. o tra imprese); esso ha luogo in un mercato aperto, di dimensione globale, con un numero illimitato di *partners*, che di regola non si conoscono²¹.

Più in particolare, gli accordi conclusi tramite *Internet* sono comunemente classificati, secondo acronimi del linguaggio statunitense, in contratti B2B (*business to business*), cioè contratti tra imprese; contratti B2C (*business to consumer*), tra imprese e consumatori; e contratti B2A (*business to administration*), relativi allo svolgimento in rete di rapporti e servizi tra P.A., cittadini e imprese. A questi tipi si è aggiunta un'altra specie di commercio telematico, definita P2P (*person to person* o *peer to peer*), cioè da pari a pari, che comprende scambi di beni o servizi realizzati direttamente tra privati (si pensi al diffuso traffico di *files* musicali), oppure gestiti da intermediari di commercio (agenti) o mediatori in affari (come può accadere, ad esempio, nelle aste *on-line*)²².

3. LA CONFIGURABILITÀ DI TRATTATIVE PRECONTRATTUALI.

Il commercio elettronico, nel suo complesso, è un sistema di presentazione dei beni o servizi offerti, caratterizzato da peculiari modalità di comunicazione e trasmissione delle dichiarazioni negoziali: il navigatore, normalmente, accede ad un *e-shop*, visiona beni e servizi, li inserisce in un carrello virtuale e decide di acquistarli, inoltrando un modulo d'ordine completo dei dati richiesti (c.d. *e-shopping* o acquisto *on-line*). Tuttavia, com'è noto, molteplici sono le tecniche di conclusione del contratto contemplate dal codice civile (artt. 1326, 1327, 1333, 1336, 1395), la più frequente delle quali, in rete, è l'offerta al pubblico di prodotti e servizi mediante sito *web*²³.

²¹ Cfr. G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 16.

²² Sulla variegata tipologia dei contratti telematici nel panorama della prassi negoziale, cfr. G. FINOCCHIARO, *Lex mercatoria e commercio elettronico*, cit., p. 27 ss.; ulteriori spunti in M. VINCENZI, *Il commercio elettronico*, in M. SALA e M. VINCENZI, *Manuale del diritto di Internet*, Piacenza, 2003, p. 31 ss.; L. PONTI e P. PANELLA, *Negozi telematici a titolo oneroso e gratuiti*, in AA.VV., *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, IX, cit., p. 291 ss.; quanto al ruolo degli intermediari, quali soggetti essenziali al commercio elettronico, v. F. DI GIOVANNI, *Gli intermediari dell'e-commerce*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 547 ss. [poi in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, cit., p. 61 ss.].

²³ Al riguardo, cfr., *infra*, § 8.

Prima di occuparcene, interessa valutare se nell'ambito dei contratti B2C, e in particolare dei contratti telematici di massa (o *standard* o in serie: si pensi al contratto concluso mediante l'offerta del professionista su sito *web*, la compilazione da parte del cliente-consumatore del *format* predisposto dal professionista stesso e il « cliccaggio » del tasto di accettazione virtuale: c.d. *point and click*), sia possibile ravvisare un margine per l'apertura di trattative a norma dell'art. 1337 c.c.²⁴. Il tema è rilevante, dal punto di vista pratico, perché nei contratti B2C uno degli strumenti a tutela del consumatore è la possibilità di chiedere al giudice l'inefficacia (nullità) delle clausole vessatorie (art. 1469-*quinquies* c.c.); tuttavia, se il professionista dimostra che la clausola è stata oggetto di trattativa individuale (art. 1469-*ter*, comma 4, c.c.), la clausola stessa sarà valida²⁵.

Occorre considerare, in proposito, che la predisposizione unilaterale del contenuto nei contratti B2C non esclude, *a priori*, qualsiasi forma di trattativa precontrattuale. Il cliente-consumatore può valersi di sistemi interattivi di comunicazione, che gli consentono di « dialogare » con il professionista offerente e negoziare il contenuto dell'accordo²⁶, senza limitarsi alla scelta (altrimenti obbligata) tra

²⁴ La questione è risolta positivamente da S. GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet. Evoluzione tra normativa e prassi*, Napoli, 2000, p. 64; F. BRAVO, *Le trattative nei contratti telematici*, in *Contratti*, 2003, p. 739 ss., ove puntuale disamina delle numerose implicazioni di natura giuridica; E. MINERVINI e P. BARTOLOMUCCI, *La tutela del consumatore on-line*, in AA.VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, cit., p. 61 ss., con particolare attenzione all'analisi dei benefici che sia il professionista sia il consumatore possono trarre dalla negoziazione del contenuto dei contratti on-line; G. PERLINGIERI, *Le nuove tecnologie e il contratto*, cit., p. 22 ss.

²⁵ Tale utilità per il professionista è sottolineata da F. BRAVO, *op. ult. cit.*, p. 746, nonché da E. MINERVINI e P. BARTOLOMUCCI, *op. cit.*, p. 63. Sull'assenza di trattativa individuale quale presupposto di applicabilità della disciplina di protezione del consumatore, cfr. E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, p. 59 ss.; G. MARCAJAO, *Asimmetrie informative e tutela della trasparenza nella politica comunitaria di consumer protection: la risposta della normativa sulle clausole abusive*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p. 783 ss.; C. CHESSA, *La trattativa nella disciplina delle clausole abusive*, Torino, 2001, spec. p. 29 ss.; L.A. SCARANO, *Art. 1469-ter, 4° comma*, in G. ALPA e S. PATTI (a cura di), *Clausole*

vessatorie nei contratti del consumatore, in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2003, p. 941 ss.; v. anche G. SICCHIERO, *Il riconoscimento di aver trattato specificamente una clausola vessatoria*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 1 ss.

²⁶ Sono note, al riguardo, le perplessità manifestate da N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., *passim*: il nuovo scenario aperto dalla contrattazione telematica avrebbe condotto alla « dissolvenza » dell'accordo, soppiantato da un contratto, inteso come risultato della combinazione di due atti unilaterali, che escluderebbe ogni sorta di « dialogo » tra le parti. Contra, G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 ss. (poi in ID., *Principi e problemi del diritto privato. Scritti giuridici*, VI, Padova, 2000, p. 191 ss.), secondo il quale anche le tecniche di formazione del contratto telematico, connotate dall'assenza di dialogo, configurano comunque un accordo, sia pure « a monte » e cioè all'inizio del complesso processo decisionale che conduce alla formazione del contratto (ad esempio, scelta del programma informatico che stabilisce i prezzi di acquisto o di vendita), piuttosto che nella fase delle trattative, che qui mancano. Risposta conclusiva in N. IRTI, « *È vero, ma...* » (*Replica a Giorgio Oppò*), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 273 ss. Animato il dibattito dottrinale mosso intorno alle

accettare (mediante un semplice *click* di adesione) o rifiutare la proposta pubblicizzata in rete (tramite specifico *website*). Taluni siti commerciali, infatti, presentano i c.dd. *forms*, cioè moduli o formulari adoperati sia per indicare, in apposite righe di testo, i propri dati personali, sia per effettuare scelte tra diverse opzioni, più o meno modificabili, o per introdurre nuove stringhe testuali²⁷. La libera introduzione di testo nel *form*, operata dal consumatore-utente, ben potrebbe valere a trasmettere dichiarazioni negoziali, fino ad ipotizzare la conclusione del contratto in virtù di un « dialogo » liberamente sviluppatosi tra le parti²⁸.

Pertanto, l'uso di tali *forms* può permettere al consumatore-utente di interagire « attivamente » con il professionista, intervenendo direttamente sui contenuti normativi ed economici del contratto e procedendo, in tal modo, a comportamenti riconducibili ad una « effettiva » trattativa contrattuale²⁹. Di qui la possibilità,

argomentazioni dei due insigni maestri: cfr. G. BENEDETTI, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul « diritto muto »*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998, p. 701 ss. (e in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 137 ss.); Id., *Parola scritta e parola telematica nella conclusione dei contratti*, in AA.VV., *Scrittura e diritto*, Milano, 2000, p. 75 ss.; A. BORTOLUZZI, *Umanizzazione del contratto?*, in *Vita not.*, 1999, p. 1618 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 43 s. [al quale ribatte N. IRTI, *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601 ss.]; Id., *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita not.*, 2001, p. 1120 ss.; F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000, p. 55 ss.; L. CAVALAGLIO, *L'art. 11 della direttiva 2000/31/CE e le tecniche di conclusione del contratto telematico*, in questa *Rivista*, 2001, p. 97 ss. (e, col titolo *Il commercio elettronico: nuove tecnologie e tecniche di conclusione del contratto*, in *Vita not.*, 2001, p. 502 ss.); A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, pp. 12 ss., 79 s., nota 120, 144 ss.; C. CAMARDI, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche*, cit., p. 6 ss.; F. DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 727 ss.; F. GAZZONI, *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 655 ss.; T. PASQUINO, *La conclusione del contratto nella direttiva sull'e-commerce*, in V. RICCIUTO

e N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, cit., pp. 89 s., 97 ss.; L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, Milano, 2002, pp. 256 ss., 266 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e l'esecuzione del contratto telematico*, cit., p. 74 ss.; L. FURGIUELE, *Contratti a conclusione telematica*, in F. BOCCHINI (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, I, cit., p. 151 ss.; P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 418 s.; F. BRAVO, « Domain names » e luogo di conclusione dei contratti telematici, cit., p. 416; L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, Padova, 2004, p. 43 ss.; E. LECCESE, *Il contratto e i contratti: alcune riflessioni*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, pp. 86 ss., 102 ss.

²⁷ Tali siti *web* possono ospitare *links* ed *e-mail*, oppure *forms* utili « anche per trasmettere un testo liberamente redatto dal consumatore e successivamente immesso (*textarea*) ». Tra questi testi può essere annoverata una proposta contrattuale, ovvero una modifica di quella che viene inviata al consumatore, naturalmente nel rispetto delle intenzioni dell'utente, e dei limiti imposti da coloro che abbiano strutturato il sito *web* ». E. MINERVINI e P. BARTOLOMUCCI, *La tutela del consumatore on-line*, cit., p. 61 s.

²⁸ In tal senso, F. BRAVO, *Le trattative nei contratti telematici*, cit., p. 740 ss.; G. PERLINGIERI, *Le nuove tecnologie e il contratto*, cit., p. 23 s.

²⁹ La trattativa « telematica », per essere considerata reale esplicazione di autonomia negoziale, deve presentare i requisiti della individualità (rispetto al suo ogget-

per il consumatore-utente, di ottenere condizioni e preventivi « personalizzati », sui quali potrà esprimere o rifiutare il suo definitivo consenso o proporre modifiche³⁰. Sarà, dunque, compito dell'interprete valutare, nel caso concreto, se la « trattativa » sia stata fittizia (perché si è soltanto illuso il consumatore di « partecipare » alla determinazione della clausola) o effettiva (perché, al contrario, il consumatore ha scelto « attivamente » tra una pluralità di soluzioni o clausole possibili)³¹.

4. LE TECNICHE DI CONCLUSIONE DEI CONTRATTI ON-LINE E LA DISCIPLINA DEL D.LG. 9 APRILE 2003, N. 70.

Il contratto telematico, come qualsiasi contratto « non virtuale », si può perfezionare secondo una pluralità di tecniche³²: a) la tecnica « tradizionale » (della quale è espressione il combinato disposto degli artt. 1326 e 1335 c.c.), caratterizzata dallo scambio tra proposta e accettazione in negoziazioni individualizzate via *e-mail* (modalità adoperata, per lo più, nelle contrattazioni P2P e B2B, ma non inusuale in quelle B2C); b) la tecnica

to), serietà (secondo buona fede oggettiva: art. 1337 c.c.) ed effettività. Quest'ultimo requisito rappresenta la sintesi dei primi due: per misurare se e quanto la trattativa sia stata effettiva rispetto ad un modello contrattuale diffuso in rete, « bisogna guardare non tanto al fatto dell'intervenuta modifica di tale testo a séguito della trattativa stessa, quanto alla effettiva e concreta possibilità del consumatore di "dire la sua" sul contenuto delle varie clausole. Questo consente non solo di impedire al professionista artificiosi comportamenti utili per dimostrare dal punto di vista meramente formale l'esistenza di una trattativa, ma anche di tutelare il consumatore, che potrà decidere (senza conseguenze di carattere economico) di intavolare la trattativa e modificare il testo, oppure no ». Così, E. MINERVINI e P. BARTOLOMUCCI, *La tutela del consumatore on-line*, cit., p. 67.

³⁰ Si pensi all'ipotesi nella quale il *form* consenta al consumatore-utente di immettere una clausola di garanzia (personale o reale), o una clausola relativa alla localizzazione del foro competente nell'eventualità di lite. Naturalmente, le considerazioni sin qui svolte non intendono trascurare la realtà della contrattazione telematica: « la maggior parte delle transazioni che coinvolgono i consumatori si sostanziano nell'acquisto di un bene o di un servizio piuttosto elementare, rendendo semplici (e quindi standardizzati) i relativi contratti.

Tuttavia, vi è una serie di beni o servizi che possono caratterizzarsi per una certa complessità, rispetto ai quali il consumatore ed il professionista potrebbero avere tutto l'interesse a determinare congiuntamente, mercé le trattative, il contenuto delle clausole del contratto ». Basti pensare, ad esempio, « ai servizi assicurativi o finanziari, ai servizi turistici e così via; fatte salve le espresse riserve di legge, che rendono applicabili specifiche normative di settore, quel che qui interessa sottolineare è come rispetto a taluni beni o servizi sia indispensabile per i consumatori di interagire con le imprese (*rectius*, i professionisti) per la determinazione di testi contrattuali "personalizzati" »: E. MINERVINI e P. BARTOLOMUCCI, *op. cit.*, p. 63 s.

³¹ Cfr., dettagliatamente, G. PERLINGIERI, *Le nuove tecnologie e il contratto*, cit., p. 24 ss. In questa prospettiva, si reputa agevole superare « il pregiudizio in base al quale *Internet* pone limiti di carattere tecnico alla predisposizione di strumenti che consentano una negoziazione circa i contenuti di un contratto »: E. MINERVINI e P. BARTOLOMUCCI, *op. cit.*, p. 62.

³² Cfr., ampiamente, G. PERLINGIERI, *Il tempo e il luogo di perfezionamento del contratto telematico*, in AA.VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, cit., p. 27 ss.; v. anche E. TOSI, *Contrattazione telematica e conclusione del contratto virtuale*, cit., p. 104 ss.

del comportamento concludente (art. 1327 c.c.), che può valersi di qualsiasi strumento di comunicazione a distanza; c) la tecnica del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente (art. 1333 c.c.), la quale, invece, come quella « tradizionale », non può che essere adoperata mediante mezzi comunicativi del tipo *e-mail*; d) la tecnica, più diffusa, dell'offerta al pubblico (art. 1336 c.c.), adoperata prevalentemente nelle contrattazioni B2C (c.d. *point and click*) e per la quale, come sappiamo³³, non è da escludere *a priori* un rapporto personalizzato; e) la tecnica dell'invito a proporre, che può essere utilizzata, anch'essa, mediante qualsiasi mezzo di comunicazione.

Prima di analizzare partitamente gli elencati modi di conclusione dei contratti *on-line*, occorre esaminare alcune regole generali desumibili dal d.lg. n. 70 del 2003, attuativo della direttiva 2000/31/CE, e concernenti il procedimento di formazione dei contratti B2B e B2C. In particolare, gli artt. 12 e 13 del decreto riguardano, rispettivamente, la fase informativa diretta alla conclusione del contratto e la fase dell'inoltro dell'ordine mediante *Internet*.

L'art. 12 indica le informazioni minime che il prestatore dei servizi *on-line* deve comunicare alla controparte prima che questa inoltri il proprio ordine, ossia prima del perfezionamento dell'accordo. Tale obbligo precontrattuale, governato dalla clausola generale di buona fede *ex art.* 1337 c.c.³⁴, è inderogabile qualora un consumatore sia parte del contratto, derogabile se nessuna delle parti sia tale; sì che la disposizione è rivolta a proteggere principalmente i consumatori, quali contraenti « deboli » rispetto al mondo dell'impresa e delle professioni³⁵, assicurando la loro co-

³³ Cfr., *supra*, § 3.

³⁴ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e l'esecuzione del contratto telematico*, cit., p. 82; sugli obblighi d'informazione, nella dottrina più recente, cfr. A.C. NAZZARO, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, p. 19 ss.; G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, p. 9 ss.; I. TARDIA, *Buona fede e obblighi di informazione tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 724 ss.

³⁵ L'elemento della « debolezza » di una parte rispetto all'altra connota non soltanto i contratti tra consumatori e professionisti: « anche relazioni non riconducibili a tale coppia — come quelle fra subfornitori e committenti, fra agenti e preponenti, fra banche e clienti, fra intermediari finanziari e investitori, fra conduttori e locatori — contrappongono una parte dotata

di superiore potere contrattuale a una parte con potere contrattuale inferiore ». Così, V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss., spec. p. 788 (e in *Id.*, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, p. 25 ss.), il quale delinea il passaggio dal « contratto del consumatore » — categoria che, sebbene ancora giovane, è già considerata « recessiva » (*ivi*, p. 790) — al nuovo paradigma contrattuale del « contratto con asimmetria di potere contrattuale fra le parti ». Questa categoria generale, al pari di quella del « contraente debole », non presenta, peraltro, alcuna valenza normativa né rilievo pratico, giacché si limita a descrivere « i diversi destinatari di un insieme di tutele aventi, quale comune denominatore, la presunzione [...] di uno squilibrio a carico di determinate parti di determinate negoziazioni »:

noscenza o conoscibilità nelle singole fasi della conclusione, archiviazione e accessibilità dei contratti³⁶.

È evidente che il commercio elettronico è dominato dal « potere privato » di chi, predisponendo il sito commerciale, costringe l'oblato a tenere una serie di comportamenti (le « cliccate ») che, nel complesso, manifestano la propria accettazione³⁷. Ecco perché la norma (art. 12, comma 1) dispone che, oltre a taluni obblighi informativi specifici, « il prestatore, salvo diverso accordo tra parti che non siano consumatori, deve fornire in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio, le seguenti informazioni »: a) la descrizione delle varie fasi tecniche che dovranno essere seguite per giungere alla conclusione del contratto in via telematica (ciò al fine di ridurre la c.d. « disparità tecnologica » tra i contraenti, non essendo raro che chi naviga nel *web* non abbia una sufficiente capacità di comprensione della tecnologia che pur utilizza); b) il modo nel quale il contratto, una volta concluso, sarà archiviato e le relative modalità mediante le quali sarà possibile accedervi per esaminarlo; c) gli specifici mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario del servizio per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore; d) gli eventuali codici di condotta ai quali aderisce il prestatore del servizio e le modalità per potervi accedere in via telematica³⁸; e)

P. PERLINGIERI, *La tutela del « contraente debole » nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno* (2000), in *Id.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 319. Sulla « relatività » del concetto di « debolezza », che connota normalmente la categoria del consumatore, cfr. S. RODOTÀ, *Persona-Consumatore*, in P. STANZIONE (a cura di), *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, Atti del Convegno di Salerno 21-22 ottobre 1994, Napoli, 1999, p. 20 ss., e P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo* (1995), in *Id.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 309.

³⁶ Al riguardo, si veda C. ROSSELLO, *Gli obblighi informativi del prestatore di servizi*, in C. ROSSELLO, G. FINOCCHIARO e E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale*, cit., p. 56 ss. Alla medesima logica di intensa protezione del consumatore risponde la direttiva 2002/65/CE, sui contratti a distanza attinenti a servizi finanziari, a commento della quale v. M.T. PARACAMPO, *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari e la tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 382

ss.; B. MANFREDONIA, *I servizi finanziari online e la tutela del consumatore « telematico »*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1171 ss.

³⁷ Cfr. A. GENTILI, *L'inefficacia del contratto telematico*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 753, secondo il quale « è un dato oggettivo che un vero e proprio potere privato sia esercitato da chi predispone il sito commerciale. Non bisogna infatti dimenticare che la possibilità del contratto e della « negoziazione » è intensamente condizionata dal modo in cui il sito è stato predisposto ».

³⁸ Sul fenomeno dell'autodisciplina in rete e delle regole deontologiche, identificate con il neologismo *Netiquette* (da *network* ed *etiquette*), cfr. L. RUGGERI, *Mercato telematico ed autonomia privata: un nuovo ruolo per la « lex mercatoria »*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 303 ss., la quale osserva, tra l'altro, che l'Unione europea « adotta una sorta di *soft law*, evitando una tecnica normativa di tipo regolamentare per salvaguardare la spontanea adozione di codici comportamentali elaborati dagli stessi fruitori del mercato telematico » (*ivi*, p. 316); A. SICA, *Il decreto legislativo 9 aprile 2003 n. 70*, cit., p. 891 ss.; G. SANTOSUOSO, *L'autoregolamentazione e i codici di*

le lingue a disposizione per concludere il contratto oltre all'italiano; f) l'indicazione degli strumenti di composizione delle controversie.

Si tratta, a ben vedere, di informazioni diverse da quelle che la normativa sui contratti con i consumatori impone a tutela della formazione di una consapevole volontà contrattuale e di un regolamento non squilibrato (le quali, beninteso, sono comunque dovute ai consumatori-navigatori³⁹); esse sono destinate, piuttosto, « a comunicare alcune modalità di funzionamento del sistema operativo preposto alla conduzione del consumatore verso la cliccata finale, onde evitare che il contratto possa essere impugnato per averlo il consumatore concluso nell'ignoranza incolpevole del mezzo tecnico utilizzato »⁴⁰.

L'art. 13, comma 1, stabilisce: « 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 ». Il comma 2, peraltro, aggiunge: « 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 ». Il comma 3 puntualizza: « L'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti alle quali sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi ».

In particolare, dai commi 2 e 3 dell'art. 13, si desume che: a) l'ambito soggettivo di applicazione dell'obbligo di invio della ricevuta dell'ordine è ampio, poiché si estende sia ai contratti tra imprenditori e consumatori (B2C), sia ai contratti tra imprenditori (B2B). Tuttavia, mentre nella prima ipotesi (B2C) l'obbligo è inderogabile, nell'altra (B2B) le parti possono convenire altrimenti; b) l'ordine e la ricevuta si presumono pervenuti quando i soggetti ai quali sono indirizzati hanno la « possibilità di accedervi », ossia quando giungono all'indirizzo telematico del destinatario, abbia o no questi avuto effettiva notizia dell'ordine o della ricevuta (in conformità alla presunzione di conoscenza *ex art. 1335 c.c.*)⁴¹;

condotta, in G. ROSSELLO, G. FINOCCHIARO e E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale*, cit., p. 149 ss.; M. DONA, *Autoregolamentazione e co-regolazione sulla rete. Il caso del codice « Internet e minori »*, in AA.VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, cit., p. 137 ss.

³⁹ Sul punto v., *infra*, nota 44.

⁴⁰ C. CAMARDI, *Metodi « alternativi » di soluzione delle controversie: diritto, spazio e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 573.

⁴¹ Le due presunzioni, benché rispondenti alla medesima *ratio* di tutela dell'affidamento rispetto alla volontà, sono distinte in dottrina sul piano dell'efficacia,

c) l'invio della ricevuta dell'ordine non incide, normalmente, sulla conclusione del contratto (ma sul punto torneremo oltre)⁴². Il contratto, di regola, è concluso nel momento e nel luogo nei quali l'accettazione dell'oblato giunge all'indirizzo telematico del proponente (artt. 1326 e 1335 c.c.); dunque, in un momento anteriore all'invio della ricevuta in questione. L'avviso di ricevimento, quindi, è un obbligo accessorio e successivo all'accordo⁴³ e, come tale, rientra nel novero degli obblighi di informazione post-negoziati, ossia nell'alveo della clausola generale di buona fede (correttezza), che caratterizza lo svolgersi di qualsiasi rapporto contrattuale⁴⁴.

giacché la previsione dell'art. 1335 c.c. contempla la possibilità di prova contraria da parte del ricevente, là dove l'altra è considerata come presunzione assoluta: «le comunicazioni telematiche sol che siano accessibili sono sempre conoscibili poiché è possibile accedervi da qualsiasi terminale, da qualsiasi parte del mondo». Così, R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, p. 96. La diversità, peraltro, «non va enfatizzata, costituendo il portato dell'opera di adattamento delle comuni regole»: M. GORGONI e G. GRISI, *Restano i dubbi sulla conclusione del negozio*, cit., p. 44; per la completa coincidenza, in punto di efficacia, tra le due presunzioni, cfr. S. SICA, *Il contratto «nella rete»*, in G. COMANDÉ e S. SICA, *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Torino, 2001, p. 56 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e l'esecuzione del contratto telematico*, cit., p. 84, ove si osserva che, «più che di una radicale soluzione di continuità rispetto alla disciplina in precedenza vigente sembra opportuno parlare di un'estensione (o, meglio, di un adattamento) della presunzione di conoscenza allo specifico del commercio elettronico»; E. TOSI, *Contrattazione telematica e conclusione del contratto virtuale*, cit., p. 110; diversamente, N. SCANNICCHIO, *La conclusione del contratto on-line nella direttiva europea sul commercio elettronico*, cit., p. 128 ss., secondo il quale la soluzione non può essere univoca, data l'ampia flessibilità della nozione di «accessibilità»; ID., *Il perfezionamento del contratto nel diritto privato europeo*, in *Tratt. di dir. priv. eur.* Lipari, 2^a ed., III, Padova, 2003, p. 184 ss.

⁴² Cfr., *infra*, § 12.

⁴³ Cfr. E. TOSI, *Contrattazione telematica e conclusione del contratto virtuale*, cit., p. 108.

⁴⁴ Così, G. PERLINGIERI, *Il tempo e il luogo di perfezionamento del contratto*

telematico, cit., p. 29 s.; v. anche M. GORGONI e G. GRISI, *Restano i dubbi sulla conclusione del negozio*, cit., p. 43. Parte della dottrina reputa, invece, che il contratto si perfezionerebbe, ex art. 1326 c.c., considerando «l'ordine come proposta e la comunicazione del prestatore come accettazione»: R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., p. 89 s., sebbene, sul piano funzionale, resti «la perplessità sollevata da una proposta fatta al buio da un consumatore che riceverà le informazioni sulle qualità essenziali del servizio o del prodotto acquistato soltanto con l'accettazione e quindi dopo aver (conclusivamente ed inconsapevolmente) consumato il proprio potere di autonomia» (*ivi*, p. 90). Sennonché, tale perplessità, originata dalla sola lettura dell'art. 13, comma 2, d.lg. n. 70 del 2003, è destinata a svanire ove non si tralasci di considerare che l'art. 12, comma 1, d.lg. cit., nel porre a carico del prestatore una serie di informazioni «dirette alla conclusione del contratto», integra le medesime con gli ulteriori obblighi informativi prenegoziali previsti per specifici beni e servizi, nonché con quelli stabiliti dall'art. 3, d.lg. n. 185 del 1999, sui contratti a distanza [cfr., sul punto, V. RICCIUTO, *La formazione del contratto telematico e il diritto europeo dei contratti*, in V. RICCIUTO e N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, cit., p. 63 s.; C. ROSSELLO, *Gli obblighi informativi del prestatore di servizi*, cit., p. 58]. Questa disposizione prescrive (comma 1, lett. b) che il consumatore debba ricevere, in tempo utile e prima della conclusione del contratto, proprio le informazioni concernenti le «caratteristiche essenziali del bene o del servizio», che saranno poi confermate al consumatore per iscritto o «su altro supporto duraturo [...] al momento della esecuzione del contratto» (art. 4, d.lg. cit.). L'art.

La normativa in commento (artt. 12 e 13, d.lg. n. 70 del 2003) concerne prevalentemente i contratti per adesione o di massa (conclusi da un aderente che, tramite accesso al *sito*, invia, senza negoziare, un ordine al prestatore di servizi), rimanendo espressamente esclusi i contratti stipulati mediante una trattativa individuale⁴⁵. Questa scelta « è giustificata dalla circostanza che le contrattazioni *individualizzate* via *e-mail* (*Internet*), mediante reti chiuse (*EDI*, *Intranet*) o via *modem*, favoriscono più di tutte il dialogo e la richiesta di ogni chiarimento, sì che l'obbligo di informazione post-negoziiale perde di significato (o meglio non ha più ragione di essere previsto); inoltre, tali contrattazioni avvengono, prevalentemente, tra imprenditori o tra semplici utilizzatori (dunque tra soggetti esperti e/o dotati di un equivalente potere contrattuale) »⁴⁶.

13, comma 2, d.lg. n. 70 del 2003, specifica la disciplina generale sui contratti a distanza con riguardo alla fase, successiva al perfezionamento del contratto, dell'invio della ricevuta dell'ordine: « l'informazione varrebbe, in tale evenienza, a precisare — in via definitiva — i termini essenziali dell'affare concluso. Come dire, che la conferma scritta delle informazioni di cui all'articolo 4 del d.lgs. 185/1999 sarebbe, qui, surrogata dalla comunicazione della ricevuta dell'ordine » [M. GORCONI e G. GRISI, *op. cit.*, p. 44; v. anche R. TORINO, *Contratti finanziari conclusi tramite Internet*, in E. GABRIELLI e R. LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, in *Tratt. dei contr.* Rescigno, Torino, 2004, p. 480, nota 54].

⁴⁵ Secondo l'art. 13, comma 4, d.lg. n. 70 del 2003, l'obbligo di accusare ricevuta dell'ordine del destinatario non si applica nell'ipotesi di « contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti »; analogamente l'art. 12, comma 2, d.lg. cit., vieta l'applicabilità ai medesimi contratti degli obblighi informativi previsti al primo comma della disposizione. Una simile soluzione « evidenzia le differenze intercorrenti tra un contratto concluso mediante un "click", aderendo cioè attraverso il computer ad un'offerta contenuta in un sito WEB, e quello concluso mediante lo scambio di *e-mail*. Quest'ultimo non differisce significativamente da un contratto concluso per posta o per telefono e pertanto non merita una disciplina diversa per il solo fatto di essere stato concluso con l'ausilio

del computer »: V. RICCIUTO, *op. cit.*, p. 58.

⁴⁶ G. PERLINGIERI, *Il tempo e il luogo di perfezionamento del contratto telematico*, cit., p. 32, il quale osserva che, nell'ipotesi di contratti individualizzati tra professionista e consumatore (B2C), varranno differenti strumenti di protezione di quest'ultimo: dagli ulteriori obblighi di informazione precontrattuali al diritto di recesso (già introdotti dal d.lg. n. 185 del 1999), dalla tutela prevista dagli artt. 1341 e 1342 c.c. alla disciplina delle clausole vessatorie ex art. 1469-bis ss. c.c., fino al sistema di garanzie nella vendita dei beni di consumo ex art. 1519-bis ss. c.c. Per un'adeguata analisi delle norme di legge a tutela del consumatore, applicabili al fenomeno della contrattazione telematica, cfr. E. MINERVINI e P. BARTOLOMUCCI, *La tutela del consumatore on-line*, cit., p. 64 ss.; v. anche R. D'ARRIGO, *Il contratto B2C*, in G. CASSANO (a cura di), *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, Milano, 2003, p. 41 ss.; in giurisprudenza, cfr. Giud. pace Partanna, 1 febbraio 2002, n. 15, in app. ad AA.VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, cit., p. 548 s., la cui massima afferma che la « conclusione di un contratto di vendita tramite *Internet* non comporta accettazione incondizionata delle clausole contenute nelle condizioni generali pubblicate sul *web*, poiché il d.P.R. n. 513 del 1997 [*recte*, il d.P.R. n. 445 del 2000], pur riconoscendo efficacia di scrittura privata al documento informatico, non comporta alcuna deroga alla disciplina delle clausole vessatorie di cui all'art. 1341, comma 2, c.c. ».

5. *SEGUE: A) LA TECNICA « GENERALE » (ARTT. 1326 E 1335 C.C.).*

La tecnica « generale » di conclusione del contratto (combinato disposto degli artt. 1326 e 1335 c.c.), applicata al commercio telematico, si articola in una negoziazione individualizzata tra soggetti determinati, destinatari delle dichiarazioni contrattuali (proposta e accettazione). Tale negoziazione procede, per lo più, mediante *e-mail* (via *Internet*), ma anche per connessione diretta via *modem* (senza l'uso di *e-mail* e la mediazione di un *provider*) o, ancora, tramite reti chiuse (ad esempio, *Intranet*)⁴⁷.

Il problema principale è accertare *quando e dove* l'accordo telematico si possa considerare perfezionato⁴⁸. Il codice, com'è noto, ha previsto, per i contratti stipulati tra persone distanti, una presunzione di conoscenza (art. 1335 c.c.), che tempera il c.d. principio della cognizione, contemplato dall'art. 1326, comma 1, c.c.⁴⁹. Questa presunzione vale anche per i contratti « virtuali »⁵⁰, sì che la norma contenuta nell'art. 1335 c.c. potrà assumere, nel caso di specie, la seguente formulazione: « La proposta, l'accettazione, la loro revoca e ogni altra dichiarazione diretta a una determinata persona si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo *elettronico* [*rectius*, *telematico*] del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia »⁵¹.

Il quesito sulle modalità di perfezionamento del contratto è suscettibile, in astratto, di due possibili risposte: il contratto è concluso o quando il messaggio di accettazione è registrato nella casella postale collocata sul *server* dell'*Internet provider* (il c.d. fornitore di accessi) del proponente, o quando il destinatario assume effettiva cognizione della posta arrivatagli, scaricandola nel proprio *computer*. Tuttavia, la prima soluzione s'impone, giacché confortata dal dettato dell'art. 1335 c.c., che non richiede la cono-

⁴⁷ Sulle indicate modalità di formazione del contratto *on-line*, cfr. S. GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, cit., p. 71 ss.; L. FURCIUELE, *Contratti a conclusione telematica*, cit., p. 172 ss.

⁴⁸ Accurata indagine, al riguardo, in G. PERLINGIERI, *Il tempo e il luogo di perfezionamento del contratto telematico*, cit., p. 34 ss.

⁴⁹ Cfr. F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, 2ª ed., in *Tratt. di dir. civ. e comm.* Ciccu, Messineo e Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2002, p. 83 ss.; R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I, 3ª ed., in *Tratt. di dir. civ.* Sacco, Torino, 2004, p. 180 ss.

⁵⁰ Cfr. M. GORGONI e G. GRISI, *Restano i dubbi sulla conclusione del negozio*, cit., p. 43.

⁵¹ Per « indirizzo elettronico » l'art. 22, lett. h, d.P.R. n. 445 del 2000 (« Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa »), intende « l'identificatore di una risorsa fisica o logica in grado di ricevere e registrare documenti informatici ». Sotto questo riguardo, nell'ipotesi di contratto concluso via *e-mail*, la casella postale collocata sul *server* dell'*Internet provider* è da considerare indirizzo elettronico; sul punto, cfr. F. DELFINI, *Documento informatico e firme elettroniche*, in AA.VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, cit., p. 180 ss.; reputa che indirizzo elettronico e indirizzo di posta elettronica non coincidano, G. FINOCCHIARO, *Lex mercatoria e commercio elettronico*, cit., p. 23 ss.

scenza effettiva dell'accettazione, ma la sua « conoscibilità ». Il proponente ha l'onere di controllare la posta elettronica in arrivo, alla stregua della posta tradizionale: soltanto l'impossibilità, senza sua colpa, di conoscere l'accettazione può giustificarlo (ad esempio, cattivo o mancato funzionamento del sistema informatico del *provider*)⁵².

Il contratto concluso tramite posta elettronica si perfeziona, pertanto, non già nel momento e nel luogo nei quali il proponente ha effettivamente conoscenza dell'accettazione⁵³, ma nel momento e nel luogo nei quali l'accettazione « conforme » alla proposta giunge nel contenitore dei messaggi del *provider* del proponente o, nel caso di connessione diretta ad *Internet*, è registrata dal *server* del proponente stesso. Nelle ipotesi, invece, di contratti telematici stipulati mediante collegamenti diretti via *modem* al di fuori di *Internet*, o collegamenti *Intranet*, la conclusione del contratto si ha normalmente quando gli impulsi elettronici, che trasmettono la dichiarazione di accettazione dell'oblato, sono registrati nel *computer* del proponente e nel luogo ove il *computer* stesso si trova⁵⁴. Ciò che rileva, in ogni caso, è il luogo e il momento della registrazione (che fa scattare la presunzione di conoscenza)⁵⁵.

⁵² Cfr. L. ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers e sull'accettazione di un'offerta in Internet*, in *Giust. civ.*, 1997, II, p. 41; S. GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, cit., p. 73 s.; L. CAVALAGLIO, *L'art. 11 della direttiva 2000/31/CE*, cit., p. 109 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e l'esecuzione del contratto telematico*, cit., p. 84; L. FURGUELE, *Contratti a conclusione telematica*, cit., p. 180; R. TARICCO, *Volontà e accordo nella contrattazione telematica*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2003, II, p. 214; E. TOSI, *Contrattazione telematica e conclusione del contratto virtuale*, cit., p. 116 s.; R. BORRUSO, *L'impatto dell'informatica sulla formazione dei contratti*, in R. BORRUSO e G. CIACCI, *Diritto civile e informatica*, in *Tratt. di dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, X, 3, Napoli, 2004, p. 200 ss.; G. PERLINGIERI, *Il tempo e il luogo di perfezionamento del contratto telematico*, cit., p. 35 s., ove si osserva che, con il temperamento del principio della conoscibilità, « è sufficiente che il mittente dimostri l'avvenuto recapito della dichiarazione all'indirizzo del destinatario, in quanto come si è tradizionalmente operati di controllare la posta inserita dal postino nella propria cassetta postale, così, si ha un onere ex art. 1335 c.c., a carico di colui che invii proposte contrattuali per e-mail, di controllare la posta in arrivo "sca-

ricandola" dal server del provider sul video del proprio computer »; v. anche M. VINCENTI, *La direttiva sul commercio elettronico*, in M. SALA e M. VINCENTI, *Manuale del diritto di Internet*, cit., p. 439, il quale esclude tale soluzione qualora il destinatario del messaggio sia un semplice consumatore, « in quanto non appare logico imporgli un onere di verificare quotidianamente i messaggi di posta a lui indirizzati ».

⁵³ Accettazione che potrebbe essere, del resto, difficile o impossibile da « localizzare », se conosciuta in movimento: si pensi ad una e-mail di accettazione letta in treno o in aereo; per una simile esemplificazione, cfr. L. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 45; R. CLARIZIA, *Il contratto informatico*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 704; L. FURGUELE, *op. cit.*, p. 181.

⁵⁴ Cfr. G. PERLINGIERI, *Il tempo e il luogo di perfezionamento del contratto telematico*, cit., p. 37.

⁵⁵ Cfr. S. GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, cit., p. 74; E. TOSI, *Contrattazione telematica e conclusione del contratto virtuale*, cit., p. 119 s. Occorre, peraltro, precisare che, nell'ipotesi di connessione diretta mobile da *computer* a *computer*, « tutto dipenderà dall'ubicazione della memoria del *computer* del destinatario e dalla capacità del singolo *computer* a tenere conservato, fino alla effettiva

Tuttavia, il problema dell'individuazione del luogo di conclusione è complicato dalla circostanza che il legislatore, seppur con previsioni attinenti al regime di stabilimento nell'ambito del mercato interno, e non alla disciplina degli aspetti contrattuali, sembra attribuire rilevanza non tanto all'ubicazione del *server* (o delle altre apparecchiature informatiche ora del *provider* ora dell'offerente), quanto al luogo fisico di stabilimento del prestatore del servizio, a prescindere dall'indirizzo elettronico dichiarato dal prestatore-proponente (v. artt. 2, lett. c, 3, comma 1, e 5, lett. b, dir. 2000/31/CE e artt. 2, comma 1, lett. c, 3, comma 1, e 7, comma 1, lett. b, d.lg. n. 70 del 2003). Pertanto, parte della dottrina ha sostenuto che l'elemento « spaziale » dovrebbe coincidere con il luogo nel quale il destinatario dell'accettazione ha la sede dei propri affari o interessi⁵⁶.

Sennonché, tale opinione, che appare limitata alla sola ipotesi che un imprenditore o un professionista assuma il ruolo di offerente anziché di oblatore, non sembra del tutto convincente, « giacché non tiene conto dell'effettivo « indirizzo » di posta elettronica o dell'effettivo « indirizzo » del sito *web* a cui viene spedita l'accettazione ai fini del perfezionamento negoziale »⁵⁷. D'altra parte, la rilevanza dell'indirizzo telematico è confermata, sul piano normativo, dalla disposizione contenuta nell'art. 14, comma 1, d.P.R. n. 445 del 2000, che traspone, nella materia delle dichiarazioni telematiche, la regola sulla recettività posta, in generale, dall'art. 1335 c.c.: « Il documento informatico trasmesso per via telematica si intende inviato e pervenuto al destinatario, se trasmesso all'in-

conoscenza, il messaggio inviato. In caso contrario si applicherà il principio della cognizione (art. 1326 c.c.). Si pensi all'ipotesi in cui la connessione è in tempo reale e manca ogni tipo di registrazione dei messaggi inviati (alla stregua di un contratto concluso telefonicamente)»: G. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁶ F. DELFINI, *Contratto telematico e commercio elettronico*, cit., p. 90, secondo il quale, giacché « il sito *Internet* o l'indirizzo *e-mail* ad esso connesso sono pubblicizzati ed utilizzati, da colui che offre su *Internet* beni o servizi, in relazione alla propria attività commerciale o professionale, si dovrà concludere che l'accettazione e le altre dichiarazioni giuridiche recettizie inviate all'indirizzo elettronico di questi vanno considerate come ricevute nel medesimo luogo che l'ordinamento considera come centro della sfera giuridica del destinatario, vale a dire la sede dell'impresa o dell'attività professionale del destinatario medesimo »; conformi, E.M. TRIPODI, *I contratti telematici: le principali regole*

civilistiche applicabili, in E.M. TRIPODI, F. SANTORO e S. MISSINEO, *Manuale di commercio elettronico*, Milano, 2000, p. 268 ss., e L. CAVALAGLIO, *L'art. 11 della direttiva 2000/31/CE*, cit., p. 112; v. anche R. TORINO, *Contratti finanziari conclusi tramite Internet*, cit., p. 467 s.

⁵⁷ F. BRAVO, « Domain names » e luogo di conclusione dei contratti telematici, cit., p. 421, il quale, al fine di attribuire rilevanza all'indirizzo elettronico scelto, sostiene 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 ». In ordine alla problematica dei « nomi a dominio », cfr. L. RUGGERI, *Domain names*, in AA.VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, cit., p. 271 ss., ed ivi ulteriore bibliografia.

dirizzo elettronico da questi dichiarato ». Tale disposizione è legata da un nesso di derivazione o continuità con la regola dell'art. 1335 c.c., giacché la nozione di « indirizzo del destinatario », contemplata nella norma codicistica, è ora adeguata e specificata in relazione alla fattispecie telematica, dovendosi riferire all'« indirizzo elettronico » dichiarato dal destinatario. In tal modo, il procedimento di conclusione dei contratti *on-line* « perde il suo riferimento alla localizzazione geografica »⁵⁸.

Nell'ipotesi di contrattazione mediante posta elettronica, la proposta è revocabile finché l'accettazione « conforme » non sia giunta all'indirizzo del proponente (art. 1328, comma 1, c.c.); indirizzo che sarà da individuare o nel *server* del *provider*, nel caso di accesso mediato ad *Internet*⁵⁹, o nel *server* del proponente, nel caso di connessione diretta in rete. L'oblato, invece, può revocare l'accettazione « purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione » stessa (art. 1328, comma 2, c.c.). Tuttavia, in concreto, la revoca dell'accettazione è pressoché impossibile⁶⁰. L'accettazione, una volta inviata, non è di fatto revocabile, data l'immediatezza della trasmissione: appena spedita, giunge in « tempo reale » al destinatario, sì che non appare possibile prevenirla con un messaggio di revoca. In effetti, si dovrebbe provare l'antecedenza cronologica non già dell'effettiva cognizione da parte del destinatario (come pure potrebbe accadere, qualora il destinatario scarichi prima il messaggio di revoca e poi quello di accettazione), ma della registrazione, da parte del *server*, della revoca rispetto alla registrazione dell'accettazione. L'eventualità è improbabile, ma non impossibile: si pensi all'ipotesi di un messaggio di accettazione che, a causa di un guasto del sistema, non giunge a destinazione, mentre un successivo messaggio di revoca è registrato dal *server* del destinatario⁶¹.

6. *SEGUE: B) L'ACCETTAZIONE MEDIANTE INIZIO DELL'ESECUZIONE.*

L'art. 1327, comma 1, c.c., stabilisce che qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto è concluso nel tempo e nel luogo nei quali ha avuto inizio

⁵⁸ F. BRAVO, *op. ult. cit.*, p. 425.

⁵⁹ Sulle modalità e i contenuti del contratto di accesso alla rete *Internet*, cfr. R. BOCCHINI, *Il contratto di accesso ad Internet*, cit., p. 99 ss.

⁶⁰ Sul punto, cfr. E. TOSI, *Contrattazione telematica e conclusione del contratto virtuale*, cit., p. 114 s.; R. BORRUSO, *L'impatto dell'informatica sulla for-*

mazione dei contratti, cit., p. 204; G. PERLINGIERI, *Il tempo e il luogo di perfezionamento del contratto telematico*, cit., p. 39 s.; R. TORINO, *Contratti finanziari conclusi tramite Internet*, cit., p. 466 s.

⁶¹ Cfr. L. ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers*, cit., p. 43 s., nota 136.

l'esecuzione, purché questa sia successiva e conforme alla proposta.

Secondo una parte della dottrina⁶², la digitazione e l'invio telematico degli estremi della propria carta di credito, per garantire immediatamente il pagamento del bene o del servizio acquistato, varrebbero come inizio di esecuzione *ex art.* 1327 c.c., disposizione alla quale andrebbe rimessa la conclusione « normale » dei contratti *on-line*. Il perfezionamento del contratto avverrebbe, quindi, non più nel luogo e nel momento nei quali l'accettazione dell'oblato, sotto forma di impulsi elettronici, giunge nel contenitore dei messaggi del *provider* del proponente, bensì nel luogo di inizio dell'esecuzione, vale a dire nel luogo di installazione del sistema informatico dell'oblato medesimo⁶³.

Questa tesi, benché diffusa, non appare condivisibile per due ordini di ragioni: la prima si desume dalla prassi di formazione dei contratti *on-line*; la seconda investe l'idoneità dell'indicazione dei dati della carta di credito a valere come « inizio di esecuzione ».

Quanto al primo aspetto, non può sfuggire che, in genere, la digitazione dei dati dello strumento di pagamento si accompagna, nel modulo informatico da compilare, a contestuali dichiarazioni di accettazione (manifestate mediante « cliccate » sulle finestre « OK », « ACCETTO » e simili), sì che il contratto è da considerarsi concluso secondo lo schema dell'*art.* 1326 c.c. (vale a dire, quando l'ordine-accettazione perviene all'indirizzo elettronico del venditore)⁶⁴.

Quanto al secondo profilo, si argomenta che la digitazione del numero della carta di credito non equivale ad inizio dell'esecuzione, giacché qui non si ha pagamento, né rilascio di un mezzo

⁶² A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, pp. 141 ss., 152; F. DELFINI, *Il D.P.R. 513/1997 e il contratto telematico*, in *Contratti*, 1998, p. 297 s.; S. GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, cit., p. 89 ss.; L. CAVALAGLIO, *L'art. 11 della direttiva 2000/31/CE*, cit., p. 105 ss.; L. FURIGUELE, *Contratti a conclusione telematica*, cit., p. 176 ss.; E. TOSI, *Contrattazione telematica e conclusione del contratto virtuale*, cit., p. 105.

⁶³ Cfr. F. DELFINI, *op. loc. ult. cit.*, ove si sostiene che l'inizio dell'esecuzione « si avrà nel luogo in cui è posto il computer dell'acquirente, tramite il quale si invia l'ordine di pagamento e si trasmettono i dati identificativi della carta di credito e del titolare di essa »; T. PASQUINO, *La conclusione del contratto nella direttiva sull'e-commerce*, cit., p. 100 s.

⁶⁴ Cfr. A.M. BENEDETTI, *Autonomia*

privata procedimentale, cit., p. 76, il quale sottolinea la peculiarità della fattispecie: « insieme all'accettazione, giunge anche lo strumento di pagamento del bene o del servizio acquistato. L'esecuzione è quindi contestuale all'accettazione espressa formulata attraverso la compilazione elettronica del modulo d'ordine; manca così quell'esclusività dell'esecuzione che caratterizza il procedimento formativo *ex art.* 1327 c.c. perché l'esecuzione non sostituisce, ma segue immediatamente all'accettazione ». D'altronde, quand'anche si richiedesse al cliente la sola digitazione degli estremi della carta di credito, l'esecuzione, a differenza di quanto accade nei contratti ordinari conclusi in tal modo, « è comunque atto necessariamente reattivo perché giunge (quasi) immediatamente a notizia del venditore » (*ivi*, p. 77).

di pagamento⁶⁵, ma autorizzazione a riscuotere presso l'emittente della carta, e dunque mera « conferma » di un'accettazione del cliente già preesistente⁶⁶.

D'altra parte, la stessa disposizione dell'art. 13, d.lg. n. 70 del 2003, prefigura, come sappiamo⁶⁷, un procedimento di formazione dei contratti B2C incentrato sullo scambio tra proposta e accettazione (come si desume dall'inoltro dell'ordine all'indirizzo elettronico del venditore), così riducendo, se non annullando, la sfera operativa dell'art. 1327 c.c.⁶⁸.

7. *SEGUE: C) LA CONCLUSIONE EX ART. 1333 C.C.*

L'art. 1333, comma 2, c.c. attribuisce rilevanza al silenzio ai fini della conclusione del contratto. Si discorre di silenzio-assenso o, nell'ipotesi di contrattazione *on-line*, di silenzio senza rifiuto telematico⁶⁹. Il mancato rifiuto, ossia il silenzio senza rifiuto telematico, non varrebbe altro che accettazione tacita (c.d. silenzio-assenso).

Indipendentemente dalla nota *querelle* sulla struttura della fattispecie prevista dall'art. 1333 c.c.⁷⁰, è opportuno rilevare, ai fini

⁶⁵ Sul pagamento del corrispettivo per via telematica, cfr. S. MARTUCCELLI, *Obbligazioni pecuniarie e pagamento virtuale*, Milano, 1998; R. D'ORAZIO, *Il regolamento degli acquisti nel commercio elettronico*, in V. RICCIUTO e N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, cit., p. 233 ss.; R. BORRUSO, *L'impatto dell'informatica sull'adempimento delle obbligazioni*, in R. BORRUSO e G. CIACCI, *Diritto civile e informatica*, cit., p. 179 ss.; F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, cit., p. 269 ss.; T. PASQUINO, *Il pagamento*, in AA.VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, cit., p. 77 ss.

⁶⁶ In tal senso, G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, cit., p. 531; conformemente, G. DE NOVA, *Un contratto di consumo via Internet*, in *Contratti*, 1999, p. 114; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 78, seppure con formula dubitativa; G. PERLINGIERI, *Il tempo e il luogo di perfezionamento del contratto telematico*, cit., p. 49; diversamente, F. DELFINI, *op. ult. cit.*, p. 137, nota 2.

⁶⁷ Cfr., *supra*, § 4.

⁶⁸ Si veda, per tale notazione, ma con riferimento all'art. 11 dir. 2000/31/CE, A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., pp. 81 s., 85; v. anche R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., p. 90 ss., secondo il quale, a prescindere dalle perplessità sulla qualificazione del pagamento del prezzo

come inizio d'esecuzione, dello schema *ex art. 1327 c.c.* manca, innanzi tutto, « la *ratio* di certezza e di rapidità dell'esecuzione, propria dei rapporti tra imprenditori e non trasponibile ai rapporti con i consumatori senza un ingiustificato sacrificio della loro posizione contrattuale »: nel caso di specie, « a concludere frettolosamente tramite l'esecuzione (cioè il pagamento) sarebbe il consumatore — il soggetto cioè che dovrebbe essere maggiormente protetto — nell'interesse del prestatore » (*ivi*, pp. 90 e 91); R. TARICCO, *Volontà e accordo nella contrattazione telematica*, cit., p. 227 s.

⁶⁹ Cfr. G. PERLINGIERI, *Il tempo e il luogo di perfezionamento del contratto telematico*, cit., p. 50 ss.

⁷⁰ Le opinioni dottrinali possono essere ricondotte, pur tra notevoli varianti, a due tesi di fondo: la prima inquadra la fattispecie nella categoria dei negozi unilaterali a contenuto patrimoniale; la seconda in quella dei contratti, sia pure a formazione atipica. L'ampiezza della letteratura in argomento, consiglia di limitare il rinvio a V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 124 ss.; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 88 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 11^a ed., Napoli, 2004, p. 840 ss.; R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., p. 265 ss.; per un quadro di sintesi, C. DONISI, in *Cod. civ. annotato* a cura di

del nostro discorso, che entrambe le ricostruzioni proposte (nego- zio unilaterale o contratto), sono compatibili con l'uso del mezzo telematico. Per chi sostiene la struttura unilaterale, la « proposta » diventa irrevocabile *ex lege* non appena giunta a conoscenza del destinatario (art. 1334 c.c.), mediante l'operazione di *downloading* (scaricamento nella memoria rigida del *computer* del destina- tario stesso). Per chi difende la soluzione contrattualistica, si ha una proposta con obbligazioni del solo proponente inviata o con il sistema *e-mail* di *Internet*, o con altra tecnica di comunicazione informatico/telematica individualizzata (ad esempio, connessione diretta via *modem*). A tale proposta irrevocabile corrisponde un'accettazione tacita, che s'identifica con un mero comporta- mento di astensione (silenzio senza rifiuto telematico)⁷¹.

Pertanto, mentre il tempo di conclusione del contratto è da in- dividuare nel momento della scadenza del termine per esercitare il potere di rifiuto, il luogo di conclusione, se si comunichi via *Inter- net* (con l'intermediazione di un *provider*), sembra doversi identi- ficare con quello nel quale è ubicato il *server* dell'*Internet provi- der* ricevente la proposta irrevocabile. Qualora, invece, la comu- nicazione avvenga mediante altro mezzo di trasmissione individua- lizzata, il luogo di conclusione sarà quello dove è installato il *ser- ver* del *computer* ricevente tale proposta⁷².

8. *SEGUE: D) L'OFFERTA AL PUBBLICO.*

L'offerta al pubblico (art. 1336 c.c.) è la principale tecnica di conclusione dei contratti *on-line*⁷³. In tale ipotesi, l'utente (per lo più consumatore) può soltanto aderire o rifiutare la proposta pubblicizzata dall'offerente (per lo più professionista), senza, di regola, il potere di modificare il regolamento d'interessi unilateral- mente predisposto. L'accettazione interviene, normalmente, tra- mite la mera compilazione del *format* predisposto dal professioni- sta e la digitazione del « tasto virtuale » (vale a dire la pressione materiale del tasto del *mouse* del *computer* dell'accettante una volta che il puntatore sia stato posto sul « tasto virtuale » che ap- pare al video: c.d. *point and click*), digitazione che consente d'im- putare la volontà al soggetto cui è riferibile il « click ». Il contratto si concluderà, secondo la presunzione di conoscenza (art. 1335

P. Perlingieri, 4.1, 2^a ed., Napoli-Bologna, 1991, *sub* art. 1333, p. 303 ss., ed *ivi* ulterio- re bibliografia.

⁷¹ Cfr. G. PERLINGIERI, *Il tempo e il luogo di perfezionamento del contratto te- lematico*, cit., p. 54.

⁷² Cfr. G. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit.*

⁷³ In tal senso, tra gli altri, L. FUR-

GIUELE, *Contratti a conclusione telematica*, cit., p. 172, e F. DELFINI, *Il commercio elet- tronic*, cit., p. 137; al riguardo cfr., am- piamente, G. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 40 ss.; nega, invece, la possibilità di ri- correre allo schema dell'art. 1336 c.c., R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., p. 93 ss.

c.c.), nel tempo e nel luogo nei quali gli impulsi elettronici, che veicolano l'accettazione, saranno registrati dal *server* del *provider* dell'offerente.

L'offerta al pubblico si perfeziona quando è resa pubblica mediante l'immissione in un sito *Internet*. Se i beni offerti sono insufficienti rispetto alle domande, prevarrà il criterio temporale, ossia saranno soddisfatti, fino ad esaurimento merci, coloro che per primi hanno inviato l'accettazione elettronica (*prior in tempore potior in iure*); gli altri avranno diritto al risarcimento del danno⁷⁴.

La revoca dell'offerta al pubblico, « se fatta nella stessa forma dell'offerta o in forma equipollente, è efficace anche in confronto di chi non ne ha avuto notizia » (art. 1336, comma 2, c.c.). Tuttavia, le caratteristiche tecniche del *medium* di comunicazione, ed in particolare la sua diffusione planetaria, convincono che, per revocare un'offerta telematica al pubblico, si debba adoperare esclusivamente *Internet* con le medesime modalità dell'offerta, non essendo ipotizzabili forme di pubblicità equipollenti. Sarà onere di colui che intenda aderire ad un'offerta in rete, accertare preventivamente che l'offerta stessa non sia stata modificata o revocata⁷⁵.

9. *SEGUE: E) L'INVITO A PROPORRE.*

Spesso il professionista, avvalendosi della possibilità concessa dall'art. 1336 c.c., priva l'offerta telematica al pubblico del valore di proposta, per configurarla come « invito ad offrire » (pur sempre rivolto al pubblico): sarà l'interessato ad aprire le trattative con un ulteriore invito ad offrire o con una proposta contrattuale, indirizzati al professionista, al quale spetterà la decisione se accettare e concludere o no l'accordo⁷⁶. L'invito ad offrire si può ravvisare anche nell'ipotesi di comunicazione tramite *e-mail*, qualora la dichiarazione inviata ad un soggetto determinato non contenga tutti gli estremi essenziali del contratto da concludere. Si tratta, in sostanza, di notizie portate all'attenzione del pubblico o di soggetti

⁷⁴ Cfr. S. GIOVA, *Qualificazione dell'offerta in Internet: offerta al pubblico o invito ad offrire?*, in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, cit., p. 110 s.; R. TARICCO, *Volontà e accordo nella contrattazione telematica*, cit., p. 219.

⁷⁵ Cfr. R. TARICCO, *op. cit.*, p. 219 s.; E. TOSI, *Contrattazione telematica e conclusione del contratto virtuale*, cit., p. 115; R. TORINO, *Contratti finanziari conclusi tramite Internet*, cit., p. 463.

⁷⁶ Su tale peculiare inversione delle parti, nel senso che proponente diventerà l'acquirente, mentre oblatore sarà il fornitore di beni o servizi, cfr. S. GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, cit., p. 77 ss.; EAD., *Qualificazione dell'offerta in Internet*, cit., p. 105 ss.; E. TOSI, *Contrattazione telematica e conclusione del contratto virtuale*, cit., p. 107; G. PERLINGIERI, *Il tempo e il luogo di perfezionamento del contratto telematico*, cit., pp. 43 s., 46 s.

determinati (mediante *e-mail* o via *modem*), senza vincolo per le parti e senza possibilità di accettazione⁷⁷.

Nella pratica, non è semplice distinguere l'invito a proporre dall'offerta al pubblico. In linea di massima, quest'ultima, a differenza dell'invito, deve contenere gli elementi necessari per la conclusione del contratto e obbliga l'offerente a contrarre; si tramuta in invito ove preveda il gradimento in ordine alla persona che risponde e, quindi, la possibilità per chi invita di rifiutare la proposta⁷⁸.

Il contratto si concluderà, anche nell'ipotesi dell'invito a proporre, nel momento e nel luogo nei quali gli impulsi elettronici, che veicolano l'accettazione, saranno registrati dal *server* del *provider* del proponente. In tale *server* s'individua, come sappiamo⁷⁹, l'indirizzo elettronico del proponente e, quindi, il luogo di conclusione del contratto.

10. L'ERRORE SULL'ORDINE DI ACQUISTO.

Ogni qualvolta si perfeziona un contratto telematico, a prescindere dalla tecnica di conclusione, può accadere che uno dei contraenti, nell'impartire un ordine di « acquisto », incorra in un errore sulla dichiarazione o sulla sua trasmissione⁸⁰. L'errore si può verificare con riguardo alle distinte fasi: *a*) di immissione dei dati, qualora il contraente, nell'inoltrare l'ordine, per errore digiti un dato non corrispondente al voluto; *b*) di trasmissione dei dati, qualora il contraente invii alla controparte un ordine che subisce una modificazione non voluta; *c*) di esecuzione dell'ordine, qualora il programma del venditore compia un'operazione di calcolo errata, alterando l'ordine stesso.

⁷⁷ Chi risponde all'invito, data l'incompletezza della dichiarazione, non accetta: o procede ad un ulteriore invito ad offrire o manifesta una proposta, la quale richiederà la conforme accettazione al fine di perfezionare l'accordo (art. 1326 c.c.). Sul punto, cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 328.

⁷⁸ Cfr. F. GAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁹ Cfr., *supra*, § 5.

⁸⁰ Al riguardo, cfr. M. TOMMASINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers: aspetti problematici della comunicazione a distanza in tempo reale*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 575 ss., alla quale si rinvia anche per l'analisi degli altri vizi della volontà (violenza e dolo), nei riguardi dei quali « l'utilizzazione del computer non pone particolari problemi di ap-

plicabilità della disciplina vigente » (*ivi*, p. 579); G. DI GIANDOMENICO, *Natura giuridica e profili negoziali del software*, Napoli, 2000, p. 155; S. GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, cit., p. 112 s.; R. CLARIZIA, *Il contratto informatico*, cit., p. 703; A. GENTILI, *Inefficacia e vizi della volontà della contrattazione telematica*, in V. RICCIUTO e N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, cit., p. 150 s.; A. NERVI, *L'impiego del computer nel procedimento di formazione del contratto*, *ivi*, p. 124; R. BORRUSO, *L'impatto dell'informatica sulla formazione dei contratti*, cit., p. 222 ss.; G. PERLINGIERI, *Il tempo e il luogo di perfezionamento del contratto telematico*, cit., p. 56 s.; R. TORINO, *Contratti finanziari conclusi tramite Internet*, cit., p. 502 s.

Nella prima ipotesi, si configura un errore ostativo, ossia una divergenza tra volontà e dichiarazione (art. 1433 c.c.): rilevanti sono l'essenzialità e la riconoscibilità dell'errore (artt. 1428, 1429 e 1431 c.c.); nella seconda ipotesi si configura un errore nella trasmissione, dovuto a disfunzioni nella rete di trasmissione dei dati: ancora una volta si tratta di errore ostativo; nell'ultima ipotesi, invece, si ha un errore di calcolo (art. 1430 c.c.), imputabile ad un cattivo funzionamento del *software* che ha analizzato l'ordine ricevuto via *Internet*.

Occorre, infine, chiedersi cosa accada qualora sia inviata, mediante *e-mail*, una dichiarazione di accettazione che non doveva, almeno per il momento, essere spedita, poiché con la posta elettronica è possibile comporre il messaggio e poi « parcheggiarlo » tra quelli in attesa di spedizione. L'ipotesi esula dalla disciplina sia dell'errore motivato, che incide sulla formazione della volontà viziandola, sia dell'errore ostativo, che induce un'erronea esternazione di una volontà non viziata. Pertanto, l'utente, sul quale grava il c.d. rischio informatico⁸¹, rimarrà vincolato in forza del principio di autoresponsabilità⁸², a meno che riesca a procedere ad una fortunosa quanto improbabile revoca immediata⁸³.

11. LA DETERMINAZIONE DELLA LEGGE APPLICABILE E DELLA COMPETENZA GIURISDIZIONALE.

La contrattazione *on-line* solleva complicate questioni concernenti l'individuazione sia della legge applicabile al contratto sia del giudice competente a dirimere eventuali controversie⁸⁴. Le in-

⁸¹ Discorre di « rischio informatico » — che l'utente si accolla quando, edotto o no che sia del linguaggio informatico, decida di accedere al mercato telematico —, A. GAMBINO, *L'accordo telematico*, cit., pp. 83 e 167.

⁸² Su tale principio, che impone la soggezione alle conseguenze del fatto, cfr., da ultimo, V. CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torino, 2004; con specifico riferimento all'allocatione del rischio di un errore del programma informatico c.d. agente mobile, cfr. G. FINOCCHIARO, *La conclusione del contratto telematico mediante i « software agents »: un falso problema giuridico?*, in *Contr. e impr.*, 2002, spec. pp. 501 e 506.

⁸³ Per questa remota possibilità, cfr., *supra*, § 5.

⁸⁴ In argomento, cfr. T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998; A. ZANOBETTI, *Legge applicabile al commercio elettronico: strumenti interna-*

zionali e comunitari, in *Dir. Un. eur.*, 2000, p. 661 ss.; S. BARIATTI, *Internet III) Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enc. giur.* Treccani, XVII, Roma, 2001, p. 6 ss.; U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2001; G. FINOCCHIARO, *Lex mercatoria e commercio elettronico*, cit., p. 21 ss.; A. MANUCCI, *Il diritto applicabile ai contratti on line*, in F. MASCHIO (a cura di), *Il diritto della nuova economia*, Padova, 2002, p. 81 ss.; Id., *Questioni di giurisdizione e competenza sui contratti telematici*, *ivi*, p. 49 ss.; V. VIGORITI, *E-commerce e tutela giurisdizionale: giudice, legge, processo*, in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, cit., p. 399 ss.; M. DE CRISTOFARO, *La tutela giurisdizionale statale nella virtualità del Cyberspazio*, in C. ROSSELLO, G. FINOCCHIARO e E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale*, cit.,

certezze interpretative, per tentare di superare le quali si professerà il metodo sistematico-assiologico⁸⁵, sono determinate dalla circostanza che il contratto telematico «è frequentemente caratterizzato dalla presenza di elementi di estraneità, e cioè di elementi della fattispecie contrattuale i quali evidenziano interessi che ricadrebbero nell'ambito disciplinare di una pluralità di ordinamenti nazionali o, addirittura, sovranazionali»⁸⁶.

Nei contratti B2B, spesso le parti si accordano sulla legislazione applicabile al contratto⁸⁷ e sul giudice competente⁸⁸. L'attore, di regola, agisce presso il paese nel quale il convenuto è domiciliato o risiede (art. 2, regolamento 2001/44/CE, concernente la competenza giurisdizionale e il riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nell'Unione europea)⁸⁹; egli può, però, incardinare il processo davanti al giudice del luogo

p. 185 ss.; F. SBORDONE, *La legge applicabile*, in AA.VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, cit., p. 87 ss.

⁸⁵ Sul carattere sistematico e assiologico dell'interpretazione, cfr. P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi* (1985), in Id., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 275 ss., il quale rimarca come l'interpretazione sia, per definizione, «logico-sistematica» e «teleologico-assiologica», «cioè finalizzata all'attuazione dei nuovi valori costituzionali e dei nuovi principi» (ivi, p. 284); con specifica attenzione ai contratti del consumatore, si consente il rinvio a M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, in P. PERLINGIERI e E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Napoli, 2004, p. 143 ss.

⁸⁶ F. SBORDONE, *La legge applicabile*, cit., p. 87.

⁸⁷ Sulle problematiche attinenti al negozio di scelta della legge applicabile (*pactum de lege utenda*), si rinvia all'originale contributo di F. SBORDONE, *La «scelta» della legge applicabile al contratto*, Napoli, 2003; con particolare riguardo alla scelta della legge regolatrice del contratto telematico internazionale, Id., *La legge applicabile*, cit., p. 90 ss.

⁸⁸ È interessante osservare che, al fine di risolvere controversie di esiguo valore economico attinenti ai rapporti contrattuali in Internet, l'art. 19, d.lg. n. 70 del 2003, ha attribuito alle parti in lite la possibilità di adire non un giudice nazionale, bensì un organo di composizione extragiudiziale (collegio arbitrale), che opera per via telematica con costi ridotti. Gli organi «alternativi» di soluzione delle liti devono registrarsi nella Rete europea di composizione extragiudiziale delle controversie o EEJ-Net (*European Extra Judicial Network*), e operare in conformità ai principi previsti dagli ordinamenti comunitario e nazionale. Sull'introduzione di Online Dispute Resolution (ODR), cfr. M. PIERANI e E. RUGGIERO (a cura di), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie on line*, Milano, 2002; S. AZZALI e R. REGAZZONI, *Composizione extragiudiziale delle controversie e strumenti di ADR*, in C. ROSSELLO, G. FINOCCHIARO e E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale*, cit., p. 161 ss.; C. CAMARDI, *Metodi «alternativi» di soluzione delle controversie*, cit., p. 549 ss. Per la diffusa percezione, nel commercio elettronico, dell'inadeguatezza del processo civile come mezzo di tutela dei diritti scaturenti dal contratto, cfr. V. VIGORITI, *E-commerce e tutela giurisdizionale: giudice, legge, processo*, cit., pp. 402, 412 ss.; sull'adozione di Alternative Dispute Resolutions (ADR) nel nostro ordinamento, cfr. Id., *Il rifiuto del processo civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, II, p. 237 ss.; D. VECCHI, *I mezzi di risoluzione delle controversie*, in F. MASCHIO (a cura di), *Il diritto della nuova economia*, cit., p. 117 ss.

⁸⁹ Tale regolamento, pubblicato in GUCE L 12 del 16 gennaio 2001, sostituisce (art. 68) la Convenzione di Bruxelles del 1968, sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

nel quale l'obbligazione è stata eseguita o deve essere eseguita (art. 5, reg. cit.)⁹⁰.

Nei contratti B2C, invece, il foro competente è posto nel « luogo di residenza o di domicilio del consumatore » (art. 14, d.lg. n. 185 del 1999⁹¹ e art. 1469-bis, comma 3, n. 19, c.c.), a prescindere dal luogo di conclusione del contratto, mentre la legge applicabile è scelta dalle parti, purché il consumatore non sia privato della protezione garantitagli dalle disposizioni imperative della legge del paese nel quale risiede abitualmente (art. 5, comma 2, Conv. di Roma del 1980 e art. 1469-quinquies, ult. comma, c.c.)⁹²; qualora, invece, le parti non abbiano proceduto ad alcuna scelta in merito alla legge applicabile, si applicherà senz'altro la legge del paese di residenza del consumatore (art. 5, comma 3, Conv. di Roma).

Questa disciplina tutela il consumatore poiché, da un lato, si stabilisce (art. 14, d.lg. n. 185 del 1999) una « competenza territoriale inderogabile » del giudice del luogo di residenza o domicilio del consumatore stesso (con un minor aggravio di costi nell'ipotesi di lite); dall'altro, si allontana il rischio che il professionista « possa scegliere un server in uno Stato off-shore per eludere le garanzie della normativa comunitaria »⁹³.

Il quadro normativo non appare sostanzialmente mutato per opera del regolamento 2001/44/CE, anch'esso orientato alla protezione del contraente « debole »: qualora agisca il consumatore, egli potrà scegliere tra il giudice del luogo del proprio domicilio e il giudice del luogo ove è domiciliata la controparte; viceversa, se il consumatore è convenuto, nessuna libertà di scelta è attribuita al pro-

⁹⁰ Questo criterio speciale di determinazione della giurisdizione è di incerta applicazione qualora l'obbligazione consista in un non fare, che non implichi alcuna limitazione geografica: cfr. Corte giust., 19 febbraio 2002, Causa C-256/00, in *Guida al dir.*, 2002, n. 10, p. 97 ss., la quale ha negato, nel caso di specie, l'operatività del criterio in questione.

⁹¹ Si tratta della normativa che ha recepito la direttiva 97/7/CE, in materia di contrattazione a distanza, ed è, quindi, applicabile anche ai contratti telematici (per un'analisi della disciplina introdotta dal decreto, con particolare attenzione alla problematica del commercio elettronico, cfr. A. DI AMATO, *La qualificazione delle transazioni in etere come contratti di massa e i diritti dei consumatori*, in *Riv. dir. impr.*, 2001, p. 171 ss.). Nell'ipotesi di azione collettiva, il luogo di residenza o domicilio del consumatore è da intendersi [ma si tratta di soluzione non pacifica: cfr. G. DE MARZO, *I contratti a distanza*,

Milano, 1999, p. 63 e F. DANOVI, *Il foro del consumatore nei contratti a distanza (negli artt. 13 e 14 d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185)*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 432] come la sede dell'associazione dei consumatori e degli utenti (cfr. E. MINERVINI, *La tutela collettiva dei consumatori in materia di contratti a distanza*, in *Contratti*, 2000, p. 1166).

⁹² Il congegno di individuazione della legge applicabile, adottato dalla Convenzione di Roma, rischia, paradossalmente, di danneggiare il consumatore allorché egli risieda in un paese privo di un'adeguata disciplina di protezione dei consumatori. Cfr., in proposito, F. RUSCELLO, *Sub art. 5*, in C.M. BIANCA e A. GIARDINA (a cura di), *Commentario alla Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, p. 976.

⁹³ G. PERLINGIERI, *Il tempo e il luogo di perfezionamento del contratto telematico*, cit., p. 55.

fessionista, che è tenuto ad agire davanti al giudice nazionale del consumatore (art. 16, commi 1 e 2, reg. cit.)⁹⁴.

Tuttavia, la protezione del consumatore, come congegnata dal regolamento comunitario, non si traduce in diritti irrinunciabili, giacché è esplicitamente attribuita (art. 17), ma soltanto al consumatore, la possibilità di derogare convenzionalmente ai riferiti criteri di determinazione della giurisdizione⁹⁵. Sotto questo riguardo, il regolamento sembra introdurre una disciplina difforme rispetto a quella interna. Il d.lg. n. 185 del 1999, infatti, sancisce l'irrinunciabilità dei diritti del consumatore (art. 11, comma 1) e prevede che, ove le parti abbiano deciso di applicare al contratto una legge diversa dall'italiana, « al consumatore devono comunque essere riconosciute le condizioni di tutela previste dal presente decreto legislativo » (art. 11, comma 2)⁹⁶.

Orbene, giacché l'art. 14, d.lg. 185/99, stabilisce, come sappiamo, l'inderogabilità della competenza territoriale del giudice del luogo di residenza o domicilio del consumatore, qualora il contratto sia sottoposto alla legge italiana, l'interprete dovrà valutare quale delle due norme prevalga, quella del regolamento comunitario ovvero quella del decreto legislativo interno⁹⁷. Alla luce della normativa sulla contrattazione a distanza, appare più congruo sostenere non già la prevalenza del regolamento comunitario, bensì « l'applicazione del decreto legislativo, invocando il criterio della prevalenza della disciplina speciale su quella generale, ma è indubbio che, se si opta per una graduazione della scala gerarchica normativa, che faccia prevalere il regolamento comunitario, si porrebbero gravi problemi di compatibilità e di permanenza della normativa interna, più favorevole al consumatore, rispetto alla normativa comunitaria »⁹⁸. La soluzione, pertanto, non potrà che essere assiologicamente orientata⁹⁹, imponendo la prevalenza

⁹⁴ Tant'è che, sul piano processuale, « le possibilità che il contraente più debole venga trascinato di fronte ad un giudice straniero sono praticamente inesistenti »: così, V. VIGORITI, *E-commerce e tutela giurisdizionale*, in questa *Rivista*, 2001, p. 672.

⁹⁵ Tale facoltà si spiega considerando che, sempre più spesso, la tutela del contraente « debole » è basata non tanto su norme (imperative) inderogabili, quanto su previsioni dispositive che è possibile disattendere soltanto a vantaggio di una delle parti. Su tale tecnica legislativa, cfr. S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 190 ss.

⁹⁶ Sulla portata applicativa di tale disposizione, cfr. G. DE MARZO, *I contratti a* *protetti*, cit., p. 69 ss.

⁹⁷ Nella sua valutazione, l'interprete

dovrà considerare anche l'art. 12, comma 2, della direttiva 97/7/CE, sui contratti a distanza, che obbliga gli Stati membri ad assumere le posizioni necessarie affinché il consumatore non sia privato della protezione offerta dalla direttiva stessa, per effetto dell'applicazione al contratto della legislazione di un paese terzo, là dove il contratto presenti un collegamento più stretto con il territorio di uno o più Stati membri.

⁹⁸ L. RUGGERI, *Mercato telematico ed autonomia privata*, cit., p. 336.

⁹⁹ Cfr., in tal senso, L. RUGGERI, *op. loc. ult. cit.*, la quale richiama, a sostegno, la Risoluzione del Consiglio dell'Unione europea del 19 gennaio 1999, attinente all'aspetto « consumatori » della società dell'informazione. Il Consiglio esorta a fare il possibile, in conformità della normativa comunitaria e degli obblighi internazionali

della disciplina che, in conformità al canone di buona fede e al principio di conservazione degli effetti¹⁰⁰, assicuri la maggiore tutela del consumatore in quanto persona¹⁰¹.

Il carattere internazionale della Rete, da un lato, e la complessa normativa di riferimento, dall'altro, provocano, quindi, notevoli difficoltà per l'interprete. La prassi commerciale, a sua volta, ha elaborato una serie di accorgimenti per la soluzione dei delicati problemi attinenti alla naturale internazionalità delle relazioni giuridiche in *Internet*, quali l'individuazione della nazionalità della controparte, del foro competente e della legge applicabile. Talvolta, ad esempio, sono immessi all'interno dei siti i c.dd. *disclaimers*, cioè avvisi che limitano l'offerta a determinati paesi, sì da orientare la normativa applicabile verso legislazioni tendenzialmente uniformi; talaltra, l'accesso ai siti è consentito, a mezzo *password*, esclusivamente agli utenti di determinati paesi¹⁰². Rilevanti, dunque, sono le regole emerse spontaneamente nel mercato telematico¹⁰³ e che promuovono la costituzione, anche in *Internet*, di una *lex mercatoria* (c.d. *lex electronica* o *informatica*), espressione dell'esigenza di uniformare le pratiche contrattuali¹⁰⁴.

assunti dalla Comunità, affinché « i consumatori possano far valere i pertinenti diritti già sanciti dalle Convenzioni di Bruxelles e di Roma, tra l'altro quelli concernenti l'applicabilità della legislazione del paese di residenza, nonché l'accesso agevole alla giurisdizione nazionale, e, se del caso, per rafforzare tali diritti ».

¹⁰⁰ Per la considerazione dello stretto nesso tra clausola di buona fede e principio di conservazione, cfr. M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, cit., p. 179 e nota 113, ove ulteriori indicazioni bibliografiche.

¹⁰¹ Sull'interpretazione secondo buona fede quale strumento di recupero, anche nei contratti dei consumatori, della centralità del valore della persona, cfr. A. DI AMATO, *L'interpretazione dei contratti di impresa*, Napoli, 1999, pp. 182 ss., 225 s.; M. PENNASILICO, *op. cit.*, p. 173 ss. In questa prospettiva, si avverte che la qualità di consumatore « è soltanto un aspetto della persona, un aspetto parziale di una realtà complessa, ove gli individui non possono essere distinti esclusivamente tra produttori e consumatori, giacché sono innanzitutto uomini »: P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo* (1995), in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 307. La finalizzazione degli interventi normativi di origine comunitaria all'espansione e alla tutela del mercato non può, dunque, indurre ad abbandonare la pro-

spettiva che considera il mercato non fine a se stesso, giacché la sua tutela « si giustifica in funzione della garanzia dei suoi beneficiari, cioè dei consumatori od utenti. Anche in quest'ottica l'uomo non può mai essere mezzo, ma fine di ogni attività o disciplina ». Così, N. LIPARI, *Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 32.

¹⁰² Cfr. R. D'ARRIGO, *Il contratto B2C*, cit., p. 76, il quale rammenta, altresì, la tecnica dell'invito ad offrire, che attribuisce a colui che invita il gradimento circa il soggetto che risponde (sul punto, cfr., *supra*, § 9); nel medesimo senso, G. PERLINGIERI, *Il tempo e il luogo di perfezionamento del contratto telematico*, cit., p. 55 s.

¹⁰³ Sul fenomeno dello « spontaneismo » di *Internet* cfr., per la dottrina, V. ZENO-ZENCOVICH, *Manifestazione del pensiero, libertà di comunicazione e la sentenza sul caso « Internet »*, in questa *Rivista*, 1996, p. 640 ss.; per la giurisprudenza, Corte fed. USA, Distr. Pennsylvania, 11 giugno 1996, *ivi*, p. 604 ss.

¹⁰⁴ Cfr., al riguardo, F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 199 ss., ove s'intende per nuova *lex mercatoria* « un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti

12. LA CONCLUSIONE DEI CONTRATTI TELEMATICI TRA CONTINUITÀ E INNOVAZIONE.

Giunti, così, al termine del nostro discorso, siamo ora in grado di rispondere al quesito in principio formulato: continuità o innovazione nelle categorie e nelle regole contrattuali? L'alternativa è sciolta dall'opinione prevalente nel primo senso: il commercio elettronico e i contratti telematici si caratterizzano unicamente per le peculiari modalità di presentazione dei beni e servizi offerti e di trasmissione delle dichiarazioni negoziali. Sarebbe, dunque, errato individuare nei contratti *on-line* un'autonoma categoria di contratti, giacché essi costituirebbero nient'altro che una « modernizzazione » dei contratti tradizionali, nei quali la telematica e l'informatica sono al tempo stesso la veste attraverso la quale si manifestano e gli strumenti grazie ai quali sono conclusi. Ed altrettanto errato sarebbe considerare la conclusione dei contratti *on-line* come tecnica a sé stante, irriducibile a quelle di diritto comune¹⁰⁵. Il decreto n. 70 del 2003, del resto, prevedendo l'applicabilità delle disposizioni sulla conclusione dei contratti (art. 13, comma 1), induce ad escludere un problema di incompatibilità,

commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati » (ivi, p. 199); G. FINOCCHIARO, *Lex mercatoria e commercio elettronico*, cit., p. 42 ss., la quale puntualizza che, « mentre la *lex informatica*, intesa come un insieme di regole tecniche che veicolano scelte giuridiche, si applicherebbe ad ogni tipo di relazione, la *lex mercatoria* è, invece, diritto della classe dei mercanti, applicabile ai rapporti fra imprese » (ivi, p. 51); L. RUGGERI, *Mercato telematico ed autonomia privata*, cit., p. 303 ss.; in senso critico, T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, cit., p. 37 ss., il quale esclude che l'assenza di sovranità, propria di *Internet*, possa causare un vuoto normativo; P. PERLINGIERI, *Metodo, categorie, sistema nel diritto del commercio elettronico*, cit., p. 362; F. SBORDONE, *La legge applicabile*, cit., p. 89, secondo il quale la concezione della *lex electronica* come ordinamento autonomo, separato dagli ordinamenti statali, « cede di fronte sia alle concrete esigenze di giustizia manifestate dalle parti dinanzi a giudici obbligati ad applicare la legge (statale, in senso ampio) sia alle incertezze applicative cui potrebbe dar luogo (rilevate, molte volte, in sede di arbitrato commerciale internazionale) ». Per un ampio ed esauritivo quadro della materia, cfr. F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi*

dei contratti del commercio internazionale, in *Tratt. di dir. comm.* Galgano, Padova, 2003; v. anche F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2004, spec. p. 288 ss.; P. STANZIONE, *L'autonomia contrattuale e la lex mercatoria nel commercio interno e internazionale*, in G. SCIANCALEPORE e P. STANZIONE, *Prassi contrattuali e tutela del consumatore*, Milano, 2004, p. 9 ss.

¹⁰⁵ Cfr. L. CAVALAGLIO, *L'art. 11 della direttiva 2000/31/CE*, cit., p. 97, ove si prospetta « la necessità di non confondere la novità del mezzo di trasmissione della volontà con la nascita di nuovi procedimenti di conclusione del contratto. [...] la tecnologia utilizzata per questi accordi, pur imprevedibile per il legislatore del '42 e destinata a rapide e altrettanto imprevedibili evoluzioni, non obbliga certo l'interprete alla conseguente ricerca di nuove tecniche di formazione, che restano invece sempre quelle previste nel codice civile (anche se soggette alla costante verifica imposta dall'emersione di nuove modalità di contatto negoziale) »; L. FURGIUELE, *Contratti a conclusione telematica*, cit., p. 168 ss.; R. BORRUSO, *L'impatto dell'informatica sulla formazione dei contratti*, cit., p. 196 ss.; R. TORINO, *Contratti finanziari conclusi tramite Internet*, cit., p. 462.

sul piano delle tecniche di formazione, tra contratti telematici e contratti « non virtuali »¹⁰⁶.

In effetti, se molto di quanto sin qui esposto può ricondursi con tranquillità al patrimonio della teoria generale del negozio giuridico e della disciplina contrattuale di diritto comune, senza che risulti necessaria alcuna revisione dei modelli codicistici di perfezionamento dei contratti, non può farsi a meno di notare che la contrattazione *on-line*, sul piano fenomenologico, presenta nondimeno un certo grado di resistenza all'inquadramento negli schemi tipici di conclusione dei contratti, tant'è che nella prassi non necessariamente l'accordo risponde perfettamente ad uno dei paradigmi previsti dagli artt. 1326 ss. c.c. È possibile, ad esempio, che la ricevuta dell'ordine di acquisto sia trasformata, per effetto di una clausola negoziale, da obbligo postcontrattuale del venditore¹⁰⁷ ad atto finale del procedimento formativo del contratto, la cui sequenza sarà rappresentata dalla formula: offerta al pubblico + inoltro dell'ordine + conferma dell'ordine¹⁰⁸.

Emerge, dunque, l'insufficienza di un approccio che guardi alla conclusione dei contratti *on-line* nella semplice, schematica, seppur doverosa, prospettiva dell'inquadramento nei paradigmi tipici¹⁰⁹. La stessa apertura legislativa alle norme sulla conclusione dei contratti (art. 13, comma 1, d.lg. cit.), senza prevedere un'adeguata disciplina di dettaglio, lascia intendere che la contrattazione telematica richiede alla sensibilità dell'interprete non già una meccanica trasposizione, bensì un flessibile adattamento dei tradizionali procedimenti di conclusione dei contratti, ispirato alla prassi del commercio elettronico e alla interpretazione « evolutiva » delle disposizioni codicistiche.

¹⁰⁶ Cfr. R. TORINO, *op. cit.*, p. 479; già a commento della direttiva 2000/31/CE, si osservava come « il radicato sistema di offerta-accettazione, nella sua tradizionale struttura, sia perfettamente in grado, con qualche aggiustamento, di gestire anche la negoziazione elettronica »: N. SCANNICCHIO, *La conclusione del contratto on-line nella direttiva europea sul commercio elettronico*, cit., p. 104.

¹⁰⁷ Cfr., *supra*, § 4.

¹⁰⁸ In tal senso, A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 408 s. Sostiene, invece, che « l'invio della ricevuta dell'ordine del destinatario non incide mai sulla formazione del contratto e sulla conclusione dell'accordo », G. PERLINGIERI, *Il tempo e il luogo di perfezionamento del contratto telematico*, cit., p. 29.

¹⁰⁹ In questa linea, si afferma che la

predicata attualità delle disposizioni codicistiche « impone uno sforzo interpretativo notevole, che più di talvolta esige forzature di non poco conto e, al contempo, suggerisce interventi normativi *ad hoc*, volti ad una più aderente regolamentazione dei nuovi fenomeni »: F. BRAVO, « Domain names » e *luogo di conclusione dei contratti telematici*, cit., p. 417. Scettico sulla domanda se alla disciplina del commercio elettronico si debba o no dare ordine mediante le tradizionali categorie civilistiche, A. GENTILI, *La « patologia » del contratto telematico (dopo il T.Ù. 28 dicembre 2000, n. 545)*, in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, cit., p. 103 s.: « Forse non è dalle categorie che dobbiamo attenderci la risposta. Forse questa risposta può essere frutto solo di una scelta di politica legislativa ».