

LORENZO CAVALAGLIO

## L'ART. 11 DELLA DIRETTIVA 2000/31/CE E LE TECNICHE DI CONCLUSIONE DEL CONTRATTO TELEMATICO.

**L**a direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000 cerca di fornire una disciplina generale del commercio elettronico, prendendo in esame tutti i « servizi della società dell'informazione », ovvero « qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica, mediante apparecchiature elettroniche di elaborazione (compresa la compressione digitale) e di memorizzazione di dati, e a richiesta individuale di un destinatario di servizi »<sup>1</sup>.

Come si conviene a una materia tanto vasta, la sezione dedicata ai « contratti conclusi per via elettronica » non esaurisce certo la disciplina dettata<sup>2</sup>, ma ne rappresenta comunque una parte essenziale, nella quale è l'art. 11 ad assumere il maggiore interesse ai fini del perfezionamento del negozio telematico. Già al par. 1, infatti, vi si trova affermato che « nel caso in cui il destinatario di un servizio inoltri il proprio ordine mediante strumenti tecnologici » il prestatore ha il dovere di « accusare ricevuta dell'ordine del destinatario del servizio senza ingiustificato ritardo e per via elettronica » e che l'ordine e la ricevuta in questione « si considerano pervenuti quando le parti cui sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi »: il par. 2, quindi, si preoccupa di far sì che « il prestatore metta a disposizione del destinatario del servizio strumenti tecnici adeguati, efficaci ed accessibili tali da permettere a quest'ultimo di individuare

<sup>1</sup> Tali servizi abbracciano una vasta gamma di attività economiche svolte *on line*, ma in particolare la vendita di merci: vi sono però compresi anche « servizi non remunerati dal loro destinatario, nella misura in cui costituiscono un'attività economica, come l'offerta di informazioni o comunicazioni commerciali in linea o la fornitura di strumenti per la ricerca, l'accesso o il reperimento di dati » e inoltre « la trasmissione di informazioni mediante una rete di comunicazione o lo stoccaggio di informazioni fornite da un destinatario di servizi ». Sono stabilite anche delle esclusioni (ad es., le relazioni contrattuali tra lavoratore e datore di lavoro, o le « attività che, per loro stessa natura, non possono essere esercitate a distanza o con mezzi elettronici ») ed è ammesso da parte dei singoli Stati il mantenimento di restrizioni all'uso di contratti che richiedano l'intervento di organi giurisdizionali, pubblici poteri o professioni che esercitano pubblici poteri (la direttiva non si applica, infatti, alle attività dei notai).

sono essere esercitate a distanza o con mezzi elettronici ») ed è ammesso da parte dei singoli Stati il mantenimento di restrizioni all'uso di contratti che richiedano l'intervento di organi giurisdizionali, pubblici poteri o professioni che esercitano pubblici poteri (la direttiva non si applica, infatti, alle attività dei notai).

<sup>2</sup> Che riguarda altresì le informazioni che devono essere date da chi presta il servizio (in genere tutte quelle utili alla sua corretta identificazione: art. 5), le comunicazioni commerciali (artt. 6 e 7) e i limiti ai servizi forniti nell'ambito delle professioni protette (art. 8), la responsabilità dei prestatori intermediari (artt. 12-15) e l'applicazione della direttiva stessa (artt. 16-20).

e correggere errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine », mentre il successivo par. 3 esclude l'applicabilità del par. 2 e della prima parte del par. 1 « ai contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni equivalenti ».

Sorprende invero che in presenza di tali disposizioni, le quali si limitano con tutta evidenza a stabilire a carico del proponente un obbligo di informazione successivo all'invio telematico dell'accettazione, si sia potuto affermare che « la comunicazione dell'avvenuta ricezione dell'accettazione » costituisca « il momento di conclusione del contratto telematico »<sup>3</sup>: tale affrettata conclusione, inoltre, viene inspiegabilmente fatta derivare proprio dal raffronto della versione definitiva dell'art. 11 con quella contenuta nella proposta di direttiva, sostenendo che la coincidenza del momento di conclusione del contratto telematico con l'arrivo della « ricevuta » si avrebbe « non essendo più necessaria — al contrario — una conferma ulteriore da parte dell'utente in merito al ricevimento della ricevuta di ritorno, come invece stabiliva la prima proposta di direttiva »<sup>4</sup>.

L'infondatezza di tali deduzioni emerge invece con chiarezza non solo da una letterale interpretazione dell'articolo (che appunto non consente affatto di considerare l'avviso in questione come momento rilevante nel procedimento di formazione del negozio, bensì soltanto quale adempimento di un dovere informativo imposto al venditore), ma proprio dal mutamento intervenuto in sede di redazione del testo definitivo, avvenuto a seguito della posizione comune assunta dal Consiglio europeo: mentre infatti nella proposta di direttiva l'art. 11, allora significativamente rubricato « Momento della conclusione del contratto », disponeva che « qualora si chieda al destinatario del servizio di manifestare il suo consenso usando mezzi tecnici, come cliccare su un'icona, per accettare l'offerta di un fornitore », il contratto si dovesse considerare concluso quando il destinatario del servizio avesse « ricevuto dal prestatore, per via elettronica, l'avviso di ricevimento dell'accettazione del destinatario del servizio » e avesse infine « confermato il ricevimento di tale ricevuta », fortunatamente tale farraginose complicazioni del procedimento di formazione del contratto telematico sono scomparse nel testo finale. Nella comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo relativa alla posizione comune assunta dal Consiglio sulla direttiva in questione<sup>5</sup> si legge pertanto che « i mutamenti introdotti dal Consiglio rispetto alla proposta modificata dalla Commissione sono per lo più di natura esplicativa », ma quelli definiti « di maggior rilievo » riguardano proprio « i contratti elettronici, per i quali viene omessa l'esplicitazione del momento di formazione del contratto »; in conclusione, si spiega, nel testo attuale l'art. 11 « non stabilisce più il momento in cui viene stipulato il contratto, ma si occupa solo dell'ordine, dell'avviso di ricevimento e dei mezzi per correggere gli errori di imputazione », e quindi « il titolo è stato cambiato di conseguenza » (ha ormai assunto, infatti, la più pertinente rubrica « Inoltro dell'ordine »).

<sup>3</sup> F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *Approvata la direttiva sul commercio elettronico*, in *Corr. giur.*, 2000, 1293.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Il testo della « Comunicazione »,

quello della proposta e, naturalmente, quello definitivo della direttiva si possono trovare all'indirizzo « <http://europa.eu.int> », sito ove è reperibile tutta la produzione normativa delle Comunità.

Al fine di escludere che il legislatore europeo, contrariamente al criterio di proporzionalità che dovrebbe informare la direttiva (ribadito anche nel *Considerando* n. 10, ove si legge che le misure previste « si limitano al minimo necessario per raggiungere l'obiettivo del buon funzionamento del mercato interno »), abbia voluto intervenire in modo così pesante e « invasivo » nella disciplina generale del contratto, tali semplici considerazioni possono apparire già dirimenti: tuttavia, poiché l'affermazione dell'avvenuto superamento per i negozi telematici delle tecniche di conclusione del contratto disciplinate nel codice<sup>6</sup>, pur eccessiva e chiaramente infondata in riferimento alla direttiva in esame, non rappresenta certo una novità nel panorama dottrinario, ma è preceduta e accompagnata da tesi ancora più radicali, non sarà inutile una più generale riflessione sulla natura del procedimento di formazione dei contratti in questione, sì da delineare con limpidezza la necessità di non confondere la novità del mezzo di trasmissione della volontà con la nascita di nuovi procedimenti di conclusione del contratto.

Sembra chiaro, infatti, che 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): ciò nonostante, dapprima i frequenti tentativi di regolamentazione che sulla scorta delle direttive comunitarie — e senza pretesa di sistematicità — hanno spaziato in anni recenti dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali alle vendite « a distanza », dalla multiproprietà ai contratti di viaggio, fino all'offerta al pubblico di strumenti finanziari, quindi la dirimente novità rappresentata dai negozi conclusi tramite *Internet* hanno spesso fatto mettere in discussione l'applicabilità degli schemi codicistici in tema di offerta, accettazione e loro revocabilità, nonché di luogo e tempo di formazione del contratto, e indotto a ritenere che questi fenomeni sociali e normativi dovessero addirittura importare il sostanziale dissolvimento degli schemi tradizionali, sollecitando l'interprete a una definitiva revisione del processo formativo del negozio. Si è giunti addirittura ad escludere i contratti telematici dal novero degli scambi fondati sull'accordo delle parti, per sospingerli all'esterno del pur ampio territorio delimitato dalla disciplina generale del contratto: in tale oscura zona di confine, che si vorrebbe sottratta all'imperio dell'individuo e della parola (e dominata dalla tecnologia e dalle esigenze del mercato), pur accompagnandosi ad altre figure e tecniche di perfezionamento del negozio contrattuale (dai contratti di massa all'acquisto nei supermercati), essi verrebbero quindi a rappresentare il principale esempio di una nuova categoria, quella degli « scambi senza accordo »<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Secondo F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *ibidem*, l'art. 11, che costituisce « l'elemento più importante ed innovativo » della direttiva sul commercio elettronico, ne rappresenterebbe infatti anche « la novità più rilevante, almeno in termini formali,

rispetto alla analoga disciplina prevista dal codice italiano ».

<sup>7</sup> N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, I, p. 347 ss.

Si sostiene infatti l'impossibilità di prescindere dalla presenza di un *diálogo* tra le parti nella definizione dell'accordo contrattuale, il quale non sarebbe che « il risultato discorsivo e conoscitivo, che media i punti di vista delle parti e risolve in unità la loro discorde dualità »: esso tuttavia, a fronte delle esigenze di celerità degli scambi proprie della società postindustriale, verrebbe percepito quale « sperpero irrazionale » (in quanto « non efficiente, non calcolabile, non convertibile in quantità di tempo e di energie ») e sostituito con altri mezzi, più prevedibili, veloci e funzionali, di realizzazione degli scambi. Sarebbe tuttavia solo l'immagine telematica a richiedere un passo ulteriore, ovvero « l'ingresso nel suo proprio universo », la rete dei siti, caratterizzati da un'interazione che non è dialogo, ma semplice utilizzazione di un linguaggio funzionale, una lingua « non teorica ... ma puramente designativa e informativa »: poiché tale interazione si svolge solo tra le azioni (l'esposizione dei beni nel sito e la digitazione della scelta), sarebbe pertanto « reciprocità di un fare, non di un *logos* ».

Tali tecniche inducono quindi a individuare negli scambi telematici (ma anche negli altri « scambi di mercato ») la *combinazione di due atti unilaterali*, non un accordo: una dualità di atti che si ritrova nella cosa, « un'*intenzione reale*, intenzione orientata e consumata verso la *res* nel suo essere fisico o nella sua immagine ». Queste conclusioni sono sorrette da precise opzioni giuridiche, atte a fornire un primo impianto teorico della costruzione, consapevolmente azzardata, che intende collocare i fenomeni indagati (certo non trascurabili per quantità e importanza) tra le *variae causarum figurae* citate come ulteriori fonti di obbligazioni nell'art. 1173 c.c., sottraendole quindi alla disciplina del contratto (che resterebbe, comunque, applicabile in via analogica). In sostanza, si dice, l'eventuale considerazione delle fattispecie in esame quali figure contrattuali dovrebbe essere condizionata alla previa scissione del legame tra la nozione di contratto e quella di accordo: altrimenti, sarebbe necessario definire diversamente la descritta combinazione dei due atti unilaterali, senza potersi avvalere delle « vecchie figure del contegno concludente e della dichiarazione tacita » e rinunciando definitivamente a « manovrare con lo schema dell'accordo »<sup>8</sup>.

La tesi non poteva non dar adito a una nutrita polemica, che al di là dei toni usati nella disputa, apparsi talvolta anche troppo aspri<sup>9</sup>, si è comun-

<sup>8</sup> Il problema non è nuovo: già P. VIUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968, p. 35 ss. si chiedeva « fino a dove si addice alla coerenza del sistema e delle ricerche salvare ad ogni costo la bilateralità del consenso, la sua identificazione nel processo dell'offerta e dell'accettazione ... e la sua necessità in ogni contratto », rispondendo che « la disciplina legislativa del consenso vige non in ogni ipotesi di contratto, ma solo nei casi non eccezionali ». Egli preferisce però alla possibilità di « ritenere — attestandosi sulle posizioni tradizionali, a prima vista suffragate dalla lettera del codice — che il contratto possa aversi solo in quanto vi sia stato

l'accordo delle parti » la diversa soluzione fornita dall'ammettere « che la via del contratto non passa necessariamente per l'accordo delle parti, e che l'esigenza di questo si pone solo in una serie determinata di casi »: ne consegue, in definitiva, che « è illegittima ogni argomentazione che, in virtù di una pretesa impossibilità logica, dalla mancanza dell'accordo inferisca l'inesistenza del contratto ».

<sup>9</sup> Si v. G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 ss.; N. IRTI, *È vero, ma... (Replica a Giorgio Oppo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 273 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile 3. Il contratto*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2000,

que incentrata sullo scontro tra due nozioni di accordo, quella fondata sull'incontro di volontà e quella, più restrittiva, che si basa « sull'unità del linguaggio e della parola dialogante ». Ebbene, di sicuro appare elegante il tentativo di spiegare l'essenza dell'accordo negoziale con il dialogo, la cui assenza escluderebbe le parti (o una di esse) dalla conformazione del rapporto: se ciò fosse vero, però, resterebbero fuori dalla generale disciplina del contratto non solo, da un punto di vista quantitativo, la stragrande maggioranza dei negozi compiuti dai privati (perché non sorretti da una volontà dotata della fondamentale « rilevanza esterna ed efficacia conformatrice del rapporto »), ma anche figure che in tale disciplina sono ricomprese per volontà del legislatore (dall'art. 1327 c.c. all'art. 1333, ove, a prescindere dall'eventuale configurazione in termini di negozio unilaterale, sarebbe comunque il mancato rifiuto dell'oblato a determinare il perfezionamento del contratto).

Si potrebbe poi aggiungere che un vincolo di rigidità all'atto della conclusione di un contratto è dato comune alla maggior parte delle negoziazioni, che si svolgono (quando si svolgono) in presenza di condizioni di vario genere e portata: da quelle imposte da un contraente all'altro a quella, fondamentale e imprescindibile, rappresentata dall'eterodeterminazione del prezzo in base alle condizioni di mercato, « elemento fisiologico di ogni singolo scambio operato fra contraenti che agiscono in base ad un calcolo economico »<sup>10</sup>. Non per questo, tuttavia, si deve pensare all'assenza di libertà contrattuale, perché « il contratto rimane se stesso, e rimane libero, anche se il suo contenuto è reso prevedibile dal contesto economico in cui si svolge »<sup>11</sup>, mentre la restrittiva visione della formazione del contratto così delineata, che intende ravvisare « nel gioco di proposta e nuova proposta » non il principale, ma addirittura il *solo* meccanismo perfezionativo, si da escludere che procedimenti diversi conducano al medesimo risultato (la conclusione, cioè, di un contratto in senso proprio), appare non soltanto un inaudito ritorno al più lontano volontarismo, ma anche contrastante con la disciplina positiva.

È infatti certamente superfluo ricordare che la produzione degli effetti del contratto è legata « alla conclusione del contratto stesso e questa, a sua volta, dipende dal congiunto operare della proposta e del comportamento *positivo* o *negativo* del destinatario della proposta stessa »<sup>12</sup> (senza richiedere, in sostanza, che questo « comportamento » si incarni necessariamente in una trattativa o, almeno, in un « dialogo ») e appare addirittura contrario al senso comune ritenere che si sia in presenza di un « vero » contratto soltanto quando il contenuto definitivo del negozio sgorgi spontaneamente, senza vincoli e imposizioni, dall'incontro di successive offerte e controproposte (se così fosse, allora « i soli veri contratti sarebbero quelli conclusi nei mercatini arabi »<sup>13</sup>), ma al di là dell'infondatezza intrinseca del tentativo di escludere dalla nozione di contratto figure

p. 43 ss. e, infine, N. IRTI, *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 601.

<sup>10</sup> R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* a cura di R. SACCO, Torino, 1993, p. 14.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> G.B. FERRI, *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1994, p. 318, n. 42.

<sup>13</sup> L'icastica espressione è utilizzata da R. SACCO, *loc. ult. cit.*

che appaiono prive del requisito *non* essenziale della trattativa, è proprio l'assoluta contrarietà al dettato codicistico a impedire l'accoglimento della proposta degli « scambi senza accordo » e del connesso tentativo di stabilire un'equazione tra accordo e dialogo, tra contratto e attività delle parti improntata alla trattativa e alla definizione dei termini dell'affare.

Essa appare volutamente dimentica della presenza di modalità di conclusione del contratto diverse da quella indotta dal gioco di proposta e accettazione (che pacificamente non costituisce l'unico meccanismo formativo del contratto nell'ordinamento vigente<sup>14</sup>, eppure viene teorizzata come esclusiva espressione del *contrahere*): si pensi appunto al procedimento delineato dall'art. 1333 c.c., o al caso della dichiarazione seguita da un principio di esecuzione (art. 1327 c.c.), ove l'adesione dell'oblato al regolamento contrattuale si realizza attraverso un contegno meramente esecutivo.

Particolarmente significativa appare proprio l'ipotesi prevista dall'art. 1327 c.c., dove si prescinde assolutamente dall'eventuale conoscenza che altri (e specialmente la controparte) possa avere del comportamento esecutivo, il quale viene quindi in considerazione non come manifestazione implicita o indiretta di volontà, ma in sé e per sé, quale comportamento negoziale che produce gli effetti ad esso ricollegati nel momento stesso in cui si compie<sup>15</sup>: diversamente, ad esempio, accade per l'accettazione *per facta concludentia*, la quale invece altro non rappresenta che una dichiarazione di accettazione espressa con mezzi diversi dalla parola, possibile soltanto se non siano previste forme determinate e l'accettante possa « manifestare la sua volontà attraverso un contegno concludente ed univoco, e cioè idoneo a suscitare nel proponente il fondato affidamento sul suo intento di accettare »<sup>16</sup> (è questo il caso dell'acquisto nel grande magazzino, ove il pagamento del prezzo alla cassa assume, anche attraverso una valutazione socialmente tipica, il significato di piena accettazione dell'offerta formulata con l'esposizione delle merci).

È giusto ricordare, però, che la distinzione così brevemente delineata non è certamente pacifica, ma al contrario viepiù complicata dalla tormentata disputa sorta attorno al c.d. *negozio di attuazione*, apparsa talvolta capziosa e meramente classificatoria<sup>17</sup>: tale figura, di non recente elaborazione, si rivela tuttavia sorprendentemente di grande utilità proprio ai fini di un corretto inquadramento dei negozi telematici.

<sup>14</sup> Per un esempio fra i tanti, si veda R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna e Roma, 1972, p. 111, per il quale gli « strumenti semplificati o ridotti di conclusione del contratto » predisposti dal codice si ispirano inoltre « a ragioni ed esigenze saldamente affermatesi nella moderna realtà giuridica » e « risultano giustificati poi, e sono anzi sollecitati, dalla considerazione delle circostanze concrete, in cui la proposta avviene, o degli effetti che si volge a realizzarsi ».

<sup>15</sup> V. G. MIRABELLI, *Dei contratti in ge-*

*nerale*, in *Commentario del Codice Civile*, IV, t. II, Torino, 1980, p. 62.

<sup>16</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 112.

<sup>17</sup> Secondo R. SACCO, *op. cit.*, p. 104, « la concentrazione di tutti gli sforzi sulla comparazione fra concetti dottrinali (negozio, atto, sottocategorie della manifestazione) ha distratto gli interpreti dal domandarsi quale sia il campo d'applicazione della conclusione del contratto mediante esecuzione, perché questa figura esista e come essa reagisca sulla regola (comunemente presentata come) generale, secondo cui il fatto necessario e sufficiente per l'esistenza di un contratto è il consenso bilaterale ».

La nozione di *Willensgeschäft*, infatti, introdotta da Alfred Manigk<sup>18</sup> per indicare i casi in cui il negozio non consiste in una dichiarazione, bensì in un comportamento imputabile cui l'ordinamento ricollega direttamente effetti giuridicamente rilevanti, è stata variamente accolta dalla dottrina italiana, che l'ha talvolta recepita con favore<sup>19</sup>, altre volte contestata<sup>20</sup>, o rielaborata per sostituirvi il diverso concetto di « manifestazione »<sup>21</sup>: le diverse prospettive si riflettono sull'interpretazione del meccanismo di perfezionamento del contratto previsto dall'art. 1327, traducendosi in spiegazioni divergenti del comportamento dell'oblato che inizia l'esecuzione (di volta in volta identificato in una dichiarazione *per facta concludentia* eccezionalmente non recettizia, in una manifestazione, in un negozio di attuazione) e contribuendo a creare notevole confusione anche in relazione a fattispecie assai diffuse nella pratica, sulle quali la problematica si è riverberata rendendone assai discussi disciplina e inquadramento teorico<sup>22</sup>.

Tuttavia, la soluzione certamente preferibile è proprio quella che individua nell'inizio dell'esecuzione della prestazione un negozio di attuazione. Caratteristica peculiare di tale figura è « quella di realizzare immediatamente la volontà del soggetto, di esaurirne l'intento, senza porre l'agente in relazione con altri soggetti »<sup>23</sup>: pertanto, affinché i negozi di attuazione producano i loro effetti sarà sufficiente la sussistenza nell'agente di un requisito psicologico che ne consenta l'imputabilità (perché l'esecuzione e, a norma dell'art. 1327, il conseguente perfezionamento del negozio operano anche in assenza di una precisa volontà di impegnarsi da parte del soggetto, sempre che la sua condotta sia sorretta dalla coscienza dell'azione<sup>24</sup>), ma allo stesso tempo sarà possibile far valere liberamente i vizi

<sup>18</sup> Cfr. A. MANICK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, Berlino, 1907 e *Das rechtswirksame Verhalten*, Berlino, 1939.

<sup>19</sup> Per primo, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 124 ss., ma v. anche, tra gli altri, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1987, p. 136 ss.; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 108 ss.

<sup>20</sup> V. per tutti R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 113 ss., secondo cui la concezione « solleva, di già nei suoi termini generali, gravi perplessità ed aspre obiezioni ».

<sup>21</sup> L. CAMPAGNA, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958.

<sup>22</sup> È il caso, ad esempio, delle *vendite per automatico*, nelle quali è certamente da ravvisare un'offerta al pubblico *a parte venditoris*, mentre è più complesso qualificare il comportamento dell'acquirente, il quale in effetti si limita ad inserire nell'apparecchio la somma richiesta e a prelevare il bene. In merito sono state proposte diverse ricostruzioni, che arrivano anche a negare la sussistenza nella fattispecie di un accordo in senso proprio o a sostenere che non vi si possa ravvisare affatto un contratto, bensì un rapporto contrattuale

di fatto: lo scopo di tali interpretazioni, tuttavia, sembra primariamente quello di evitare le conseguenze cui condurrebbe una rigida applicazione della disciplina generale del contratto, soprattutto in ordine alla capacità dell'acquirente (ci si domanda infatti se questi debba possedere la capacità legale di agire generalmente prevista per i negozi), e la questione può ricevere risposte certamente più adeguate ove si ravvisi nell'introduzione del corrispettivo nel distributore una vera e propria accettazione, conforme al disposto dall'art. 1327 c.c.

<sup>23</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 137.

<sup>24</sup> Sembra di simile opinione a proposito dell'art. 1327 R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 114, il quale rifiuta fermamente la ricostruzione dello stesso come negozio di attuazione, ma al contempo sottolinea che nel procedimento della conclusione a mezzo di esecuzione dell'oblato « vale come accettazione l'inizio della esecuzione, che non segna per lo più la realizzazione adeguata dell'intento di una parte (l'accettante), e tanto meno può concepirsi come l'attuazione dell'accordo contrattuale (nella ipotesi tipica della bilateralità delle prestazioni) ». È invece contrario alla svalutazione dell'elemento psicologico dell'agente G.

della volontà per escludere l'esistenza di un negozio di attuazione in una determinata fattispecie, in quanto « la rilevanza dell'effettivo volere » in questi casi « non soggiace ai limiti, cui è sottoposta nei negozi dichiarativi »<sup>25</sup>.

Risulta chiaro già da questi brevi cenni che l'art. 1327 rappresenta sicuramente « una nuova e importante deroga al principio consensualistico »<sup>26</sup>, almeno ove lo si intenda nel senso « classico » di esito finale del dialogo e della trattativa tra i contraenti<sup>27</sup>: ciò nonostante, sebbene l'esecuzione della prestazione non sia certo una dichiarazione non si può negare che ci si trovi di fronte a una modalità di perfezionamento di un contratto, e non di uno « scambio senza accordo ». Applicando ora tali considerazioni al più ristretto campo della conclusione del contratto telematico, si potrà quindi verificare che proprio attraverso la figura del negozio di attuazione (ovvero con l'art. 1327 c.c., che dell'istituto rappresenta il principale momento di emersione a livello normativo) viene ad essere dimostrata l'infondatezza della ricerca di soluzioni alternative nella conclusione dell'accordo contrattuale, ed anzi confermata, nella pratica degli scambi di mercato, la compatibilità delle più moderne tecnologie con i « tradizionali » procedimenti di formazione del negozio: prima di arrivare a tale risultato è però opportuno fare alcune premesse, necessarie per la più chiara comprensione delle diverse fattispecie.

Come è stato giustamente sottolineato, infatti, « ciò che connota lo spazio cibernetico è il fatto che esso si presenta come virtuale, che non comporta alcun movimento fisico di veicoli o di cose, ma soltanto di impulsi elettronici »<sup>28</sup>. Il « ciber spazio », si dice, non ha confini, perché il costo e la velo-

MIRABELLI, *op. cit.*, p. 63 (che pure inquadra il procedimento di perfezionamento previsto dall'art. 1327 nella figura del « comportamento negoziale »), il quale sostiene che « perché la conclusione del contratto abbia luogo, occorre che il comportamento sia esattamente conforme a quello proposto, ma anche che esso sia compiuto con la coscienza di vincolarsi al proposto contratto (e, quindi, non un semplice « comportamento passivo ») ».

<sup>25</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *ibidem*.

<sup>26</sup> Così R. SACCO, *op. cit.*, p. 120, che pure muove da considerazioni del tutto differenti, per cui l'art. 1327 sarebbe « una fattispecie complessa, che consta: di una dichiarazione (negoziale) del proponente, con cui egli, oltre ad impegnare sé in conformità dei principi generali, predispone un regolamento a carico dell'oblato, ove questi si spinga ad operare nella sua sfera; di un ingresso dell'oblato nella sfera del proponente, conformato in modo tale da rientrare nelle ipotesi contemplate nella proposta. A questa fattispecie, la legge attribuisce la qualifica di contratto ». Ovvio quindi che l'autore, il quale vede nelle vendite per automatico un'ipotesi di autorizzazione preventiva dell'interessato subordinata ad una prestazione da parte

dell'oblato, ritenga che in tali casi il comportamento di questi « non rilevi come "attuazione" della sua volontà di operare o di impegnarsi, ma come "attuazione" della ipotesi prevista e regolata nella proposta contrattuale ».

<sup>27</sup> Emerge chiaramente da quanto detto che tale « deroga » non va intesa quale eccezione alla sufficienza del consenso per la conclusione del negozio, come vorrebbe invece A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, p. 21 ss.: questi infatti, riprendendo un accenno di A. SCIALOJA, *L'offerta a persona indeterminata ed il contratto concluso mediante automatico*, Città di Castello, 1902, p. 164 (il quale vedeva negli « automatici » una « certa tinta di realtà » consistente nel fatto che tali contratti « vengono a perfezione solo quando l'un contraente ne ha compiuta l'esecuzione ») afferma che l'automatico sia un contratto reale, anche se poi, sovrapponendo i diversi concetti, aggiunge che « lo *jactus pecuniae* assume il contemporaneo significato giuridico di accettazione tacita *per facta concludentia* e di inizio di esecuzione del contratto ».

<sup>28</sup> G. ALPA, *Premessa*, in AA.VV., *I problemi giuridici di Internet*, a cura di E. Tosi, Milano, 1999, p. XIII.

cità della trasmissione dei messaggi sulla Rete sono praticamente indipendenti dalla collocazione fisica dei soggetti: i messaggi possono essere inviati e ricevuti senza ritardi o possibilità di danneggiamento, perché non influenzati da alcun ostacolo o barriera che normalmente potrebbero separare luoghi e persone geograficamente distanti, e in tal modo *Internet* rende possibili scambi di ogni tipo tra persone che non sanno (e in molti casi neppure possono sapere) dove fisicamente si trovi la controparte. Non che la collocazione risulti comunque assolutamente indifferente, tutt'altro: quello che interessa non è però un luogo « reale », ma soltanto la collocazione nello spazio virtuale degli indirizzi *Web*, il cui collegamento fisico con un territorio è, quando esiste, del tutto effimero.

Non serve ricordare quanto tale struttura intrinsecamente « transazionale » abbia influito sull'esplosione del commercio elettronico, forse il fenomeno più eclatante, almeno da un punto di vista strettamente economico, tra quelli connessi alla Rete: negli ultimi anni il volume degli affari condotti su *Internet* è cresciuto a velocità vertiginosa<sup>29</sup>, accompagnato da un parallelo aumento dell'attenzione di economisti, giuristi e *mass media*, dando vita a una vera e propria rivoluzione nella commercializzazione di beni e servizi, che viaggiano praticamente senza barriere in un unico mercato globale, travolgendo ogni ostacolo finora conosciuto alla diffusione degli scambi.

Numerose sono, ovviamente, anche le questioni poste dalla contrattazione telematica, dalla certezza nell'imputabilità giuridica di dichiarazioni che di fatto si presentano quali trasmissioni di dati informatici (intrinsecamente anonimi, o meglio, riferibili a un elaboratore) ai profili di disciplina generale del contratto (tempo e luogo della conclusione, anzitutto, ma anche possibilità di revoca dell'accettazione, responsabilità, tutela del consumatore, ecc.): tuttavia gran parte dell'elaborazione sui contratti informatici, nella quale a partire dagli anni '80 si sono cimentati con successo numerosi studiosi<sup>30</sup>, appare spesso inadeguata ad affrontare i nuovi problemi posti dalla contrattazione « in rete », che per dimensioni, tecnica e facilità di accesso si presenta con caratteristiche del tutto peculiari<sup>31</sup>.

Il commercio telematico, infatti, nasce prima della diffusione di *Internet*, ma pur assumendo dimensioni spesso ragguardevoli (si pensi, ad esempio, alle reti interbancarie) avveniva in genere soltanto tra operatori professionali (imprenditori, società commerciali) e su reti « dedicate », o comunque non accessibili a utenti esterni: la principale caratteristica di *Internet* è invece, come è noto, quella di essere una rete aperta, ove

<sup>29</sup> Gli utenti di *Internet* erano stimati sul finire del 1998 circa in 200 milioni (ma il numero è in costante crescita): si pensa che il valore del commercio elettronico negli U.S.A. raggiungerà 300 miliardi di dollari entro il 2002, mentre a livello mondiale dovrebbe superare nel 2003 i 3.200 miliardi di dollari, ovvero il 5% circa del valore globale degli scambi: cfr. AA.VV., *The Development of the Law: The Law of Cyberspace*, in 112 *Harv. L. Rev.*, p. 1574 (1999).

<sup>30</sup> V. per tutti R. CLARIZIA, *Informati-*

*ca e conclusione del contratto*, Milano, 1985; G. ALPA e V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *I contratti di informatica*, Milano, 1987.

<sup>31</sup> Sul punto v. J. KAUFMAN WINN e M. RHOADES PULLEN, *Despatches from the Front: Recent Skirmishes Along the Frontiers of Electronic Contracting Law*, in 55 *Bus. Law.* 455 (1999) e soprattutto J. KAUFMAN WINN, *Open Systems, Free Markets and Regulation of Internet Commerce*, in 72 *Tul. L. Rev.*, p. 1177 (1998).

la possibilità di accesso è praticamente illimitata. In secondo luogo, le transazioni che si svolgevano sulle reti « chiuse » si fondavano (almeno nella maggior parte dei casi) su contratti stipulati a monte nelle forme tradizionali tra i soggetti interessati (e quindi si risolvevano spesso, a ben vedere, in adempimenti di obbligazioni assunte *aliunde*: è il caso, ad esempio, dei trasferimenti elettronici di fondi<sup>32</sup>); nella Rete, al contrario, i siti commerciali fungono da « vetrine telematiche », che possono essere raggiunte da chiunque, in qualunque Stato fisicamente si trovi e senza che vi sia stato un preventivo accordo sulle regole che presiederanno all'eventuale scambio.

La più diffusa fra le modalità di acquisto *on line* prevede infatti l'ingresso del navigatore telematico in un sito strutturato come una sorta di supermercato, ove si possono visionare i prodotti o i servizi, descritti in modo più o meno dettagliato e corredati dei relativi prezzi, e inserirli in un « carrello » virtuale<sup>33</sup>: al termine della visita, l'utente può decidere quali prodotti acquistare semplicemente compilando un modulo d'ordine, ove in « campi » predefiniti gli verranno richiesti i suoi dati anagrafici, l'indirizzo di posta elettronica e (in genere) il numero della carta di credito, per operare l'addebito del prezzo (talvolta maggiorato delle spese di spedizione).

Lo schema così tratteggiato si presta naturalmente a innumerevoli varianti, relative alla conclusione del contratto, alle modalità di pagamento, all'esecuzione da parte del venditore. Per quest'ultima, basti ricordare che è possibile acquistare su *Internet* sia beni mobili (che verranno in seguito recapitati al cliente<sup>34</sup>) che beni immateriali (programmi informatici, abbonamenti a periodici e quotidiani « elettronici » pubblicati solo *on line*, brani musicali, ecc.), i quali verranno trasmessi per *E-mail* all'indirizzo dell'acquirente o, più spesso, saranno fruibili direttamente attraverso la Rete<sup>35</sup>, magari dopo l'attribuzione di una *password* di accesso<sup>36</sup>; è tuttavia il pagamento del corrispettivo da parte dell'acquirente, che nella maggior parte dei casi avviene per mezzo di carta di credito, ad assumere un rilievo particolare ai fini della conclusione del contratto ed imporre una più attenta considerazione.

<sup>32</sup> Sui quali v., fra gli altri, E. GIANANTONIO, *Trasferimenti elettronici dei fondi e autonomia privata*, Milano, 1986.

<sup>33</sup> È stato giustamente notato da F. DELFINI, *Il D.P.R. 513/1997 e il contratto telematico*, in *Contratti*, 1998, p. 297, che « l'imitazione della realtà del supermercato viene perseguita con decisione dai produttori, nella consapevolezza della attitudine ad agevolare gli acquisti anche di coloro che sono più inesperti di informatica ».

<sup>34</sup> Vengono quasi sempre specificati i tempi della spedizione, ed è talora possibile seguirne in Rete la materiale esecuzione.

<sup>35</sup> Sarà allora necessario il « *download* » dei relativi *files*, il cliente dovrà cioè « scaricarli » nella memoria rigida (*hard disk*) del proprio *computer*: l'operazione può durare da qualche secondo a decine

di minuti, secondo la velocità di connessione dell'utente e il numero di *bytes* di cui è composto il programma. Attraverso alcuni programmi « scaricabili » senza alcun costo per l'utente è ormai possibile procurarsi in Rete una quantità pressoché illimitata di brani musicali di ogni genere, talvolta anche prima che vengano messi in commercio: si può facilmente immaginare l'impatto sul mercato discografico di tale tecnica, diffusa in modo impressionante, e i problemi che suscita in tema di tutela del diritto d'autore.

<sup>36</sup> Altre volte, invece, alcuni programmi di *software* gratuiti (c.d. *shareware*) vengono forniti « in prova » al cliente per un determinato periodo di tempo, scaduto il quale sarà necessario procedere all'acquisto della licenza d'uso per proseguirne l'utilizzazione.

In astratto, infatti, le modalità di conclusione dei contratti sulla Rete sono diverse, e in larga parte dipendono dalla configurazione del sito. Se, come avviene in genere, la « schermata » che appare all'utente contiene tutti gli elementi essenziali della proposta contrattuale, è difficile non ravvisarvi i requisiti di un'offerta al pubblico, mentre nel caso in cui il venditore, attraverso messaggi pubblicitari che non contengono tutti gli elementi del contratto (in particolare la determinazione del prezzo della cosa o dei servizi offerti o richiesti), chiaramente sollecitasse l'utente ad attivarsi con l'invio di una proposta, l'ipotesi dovrebbe piuttosto essere ricostruita come invito ad offrire: non si può però escludere l'ipotesi di una formazione secondo il consueto schema di proposta e accettazione disciplinato dagli artt. 1326 e 1335 c.c., quando il contatto tra i contraenti avvenga con lo scambio di messaggi di posta elettronica.

Ora, sebbene gli ultimi due procedimenti non possano certo essere trascurati nell'esame teorico, da un punto di vista pratico è con l'accesso al sito del produttore e l'invio telematico di un ordine d'acquisto che si realizza la maggior parte degli scambi che avvengono sulla Rete: proprio in rapporto a tale sequenza di atti assume un particolare rilievo la digitazione da parte dell'utente dei numeri della propria carta di credito<sup>37</sup>, che da mezzo solutorio<sup>38</sup> diviene momento conclusivo essenziale di un *iter* perfezionativo le cui modalità — è bene ricordarlo — sono sempre (e completamente) predisposte dal venditore. Alla scelta dei beni o servizi da parte del potenziale acquirente segue infatti, come si è già visto, la « compilazione » di un modulo d'ordine: a quel punto diviene essenziale, per la valutazione dell'impegnatività dell'adesione (ma anche, più semplicemente, per il completamento dei « campi » del modulo, che altrimenti non viene accettato dal sistema), il rilascio a favore del venditore dell'autorizzazione a riscuotere presso la società emittente della carta di credito, il quale assume dunque il significato di inizio di esecuzione ai sensi dell'art. 1327 c.c. e determina il momento (e il luogo) di conclusione del contratto<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Le prassi seguite nel commercio telematico (ma il discorso potrebbe estendersi più in generale ai diversi aspetti della Rete, dalla scelta degli argomenti nei *newsgroup* — una sorta di *forum* di discussione sulle tematiche più svariate — al comportamento tenuto nelle *chat*, dalla diffusione di messaggi pubblicitari fino alle condotte illegali) nascono e si sviluppano in virtù dell'adesione « spontanea » degli utenti, ma raggiungono spesso una diffusione assai omogenea: è questo il caso del pagamento con carta di credito, che secondo A.M. GAMBINO, *op. cit.*, p. 138 rappresenterebbe attualmente « l'*Idealtypus* di pagamento nell'*electronic commerce* ».

<sup>38</sup> Non è neppure il caso di soffermarsi qui sulla discussa natura giuridica della carta di credito, il cui effetto solutorio si fonda comunque sul duplice rapporto che l'emittente instaura da un lato con l'utilizzatore (del quale si obbliga ad accettare gli ordini di pagamento emessi a favore di terzi), dall'altro con gli esercenti convenzio-

nati, che si impegnano ad « onorare » le carte presentate dagli acquirenti a fronte dell'impegno assunto dall'emittente (v. in generale P. SPADA, *Carte di credito: « terza generazione dei mezzi di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 490 ss.; A.A. DOLMETTA, *La carta di credito*, Milano, 1990; G. RESTUCCIA, *La carta di credito nell'ordinamento giuridico italiano e comunitario*, Milano, 1999).

<sup>39</sup> Anche in questo caso A.M. GAMBINO, *op. cit.*, p. 148 ss. crede di ravvisare « nel modo di perfezionamento dell'accordo telematico, non ipotizzabile al di fuori della sua strumentazione peculiare — tastiera e schermo » quella « certa tinta di realtà » che riscontrava nell'automatico: anche in questo caso, tuttavia, correttamente identifica la digitazione dei dati della carta di credito come esecuzione ai sensi dell'art. 1327 c.c., riproponendo quindi la medesima confusione fra nozioni che (ci) sembrano assai diverse.

Non sempre, infatti, l'esecuzione della prestazione proposta assume il valore di accettazione tacita, ma questo sicuramente avviene quando (come in questo caso) si verificano contemporaneamente le tre ipotesi tassativamente previste dalla legge, ovvero che l'esecuzione immediata sia richiesta dal proponente, sia necessaria per la conclusione dell'affare e sia prevista in base agli usi: inoltre, sebbene il pronto avviso di inizio dell'esecuzione (e quindi dell'avvenuta conclusione del contratto) richiesto dall'art. 1327, 2° co. sia da classificare tra i c.d. «atti di partecipazione dovuti»<sup>40</sup> e non abbia alcuna influenza sulla conclusione del contratto (che, si badi, avviene anche ove l'avviso sia omesso), l'invio telematico del modulo compilato assolve comunque anche a questa funzione.

La soluzione, da alcuni data (correttamente, ma senza approfondimento) per pacifica<sup>41</sup>, viene tuttavia contestata sulla base di considerazioni attinenti proprio al significato della trasmissione dei dati della carta, di cui si nega la natura esecutiva: questa, infatti, traducendosi in una mera autorizzazione alla riscossione presso l'emittente, non avrebbe natura solutoria, bensì di conferma dell'accettazione<sup>42</sup>. Le conseguenze sarebbero quindi evidenti: essa fungerebbe da mera «conferma» dell'accettazione, la quale si salderebbe alla proposta secondo il meccanismo previsto dall'art. 1326 c.c., facendo considerare concluso il contratto nel momento e nel luogo in cui il proponente ha conoscenza dell'accettazione.

Nel rilevare, al contrario, che l'attribuzione di esclusivi effetti obbligatori alla «spendita» della carta impone di considerare l'adempimento «nella piena potestà dell'altro contraente», il quale sarebbe «delegatario al compimento di alcuni atti (presentazione per l'incasso dell'ordine, completo del numero della carta, all'istituto di credito abilitato) necessari per l'adempimento del suo cocontraente», si è affermato che «se il proponente si trova nella condizione potestativa di poter dare immediata esecuzione al contratto, lo è proprio in forza della digitazione dei numeri della carta di credito, che lo legittimano a riscuotere la somma dovuta», sì che «la spendita telematica della carta si pone quale *condicio sine qua non* dell'attività solutoria ed inizia *necessariamente* con l'attività dell'oblato»<sup>43</sup>. In realtà, tuttavia, tale identificazione appare possibile solo muovendo da un apprezzamento della spendita della carta (non solo, ma anche) in forma telematica quale vero e proprio atto solutorio: valutazione certamente condivisibile, ma da fondare su un generale ripensamento del pagamento pecuniario, che andrebbe allora definitivamente spogliato di ogni residua parvenza di materialità per essere configurato esclusivamente in termini di «funzione», la cui essenza consiste nel conferire al soggetto che ne dispone un potere patrimoniale<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, p. 317 ss.

<sup>41</sup> F. DELFINI, *op. cit.*, 297 rileva in modo conciso che «il pagamento del prezzo rientra tra le prestazioni contrattuali e la sua esecuzione tramite invio dell'ordine alla società emittente la carta di credito integra l'ipotesi di cui all'art. 1327 c.c. 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».

<sup>42</sup> G. DE NOVA, *Un contratto di consumo via Internet*, in *Contratti*, 1999, p. 114 ss.

<sup>43</sup> A.M. GAMBINO, *op. cit.*, p. 145 ss.

<sup>44</sup> Cfr. E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Trattato di diritto privato diretto* da P. Rescigno, 9, Torino, 1984, p. 440 ss., che richiama la definizione, dif-

È quanto viene fatto rilevando come « nella fattispecie del pagamento pecuniario l'esattezza del pagamento sia in funzione dell'idoneità dei mezzi impiegati allo scopo<sup>45</sup>, ovvero constatando, in relazione alla quasi completa smaterializzazione dei trasferimenti di denaro (realizzati ormai essenzialmente sul piano contabile), che per i pagamenti effettuati tramite banca (o simili) deve parlarsi di adempimento vero e proprio, a fronte della « generale esattezza del pagamento con mezzi ormai ritenuti socialmente del tutto normali »<sup>46</sup>: sarà allora più plausibile collegare gli effetti solutori direttamente alla spendita della carta di credito, ricordando esattamente che negli accordi tra emittente, titolare ed esercenti si devono individuare una « preparazione », « anticipazione » e « programmazione » della forma di adempimento e che « gli effetti ulteriori e succedanei di rivalsa ... non sono a stretto rigore elementi costitutivi della fattispecie-pagamento ma si ricollegano agli accordi-base »<sup>47</sup>.

Una volta accertata la natura solutoria del pagamento con carta di credito<sup>48</sup>, si pone però il problema del *momento* e del *luogo* in cui il contratto deve intendersi perfezionato.

La prima questione in teoria non dovrebbe rappresentare una novità, essendo già stata discussa (e risolta) dalla dottrina che ha esaminato il procedimento di conclusione del negozio disciplinato dall'art. 1327 c.c.: con grande chiarezza si è detto infatti<sup>49</sup> che la conclusione del contratto discende da un comportamento « attuativo », mentre l'avviso d'iniziata esecuzione che il 2° comma dell'art. 1327 prevede a carico dell'accettante non rappresenta che un *obbligo* d'informazione (e non un *onere*, quale invece andrebbe definito se si trattasse di un'accettazione), ovvero un atto di adempimento di obbligazione il cui inadempimento dà luogo a risarcimento di danni<sup>50</sup>.

Non sembra quindi aver pregio, in linea generale, l'ipotesi<sup>51</sup> di far dipendere il perfezionamento del contratto dall'avviso previsto nel 2° comma dell'art. 1327 c.c., a fronte dell'impossibilità di spiegare, « di già sul piano della logica giuridica », come possa « legittimamente iniziarsi l'esecuzione di un contratto non concluso »<sup>52</sup> e, soprattutto, della chiara lettera della legge che ne stabilisce la conclusione con *l'inizio* dell'esecuzione: nel caso in esame, pertanto, il momento del perfezionamento del contratto coinciderà con quello dell'invio telematico dei dati della carta di credito (che come si è visto funge anche da avviso dell'iniziata esecuzione). La successiva spedizione di una « ricevuta » da parte del proponente disposta dalla direttiva sul commercio elettronico, lungi dal rappresentare essa stessa l'e-

fusa nella dottrina tedesca, dell'essenza del denaro in termini di *Vermögensmacht* (per la quale v. anzitutto A. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlino, 1851, p. 405 ss.) per sottolineare come « sempre più sbiadito diventi il ruolo dei mezzi monetari, intesi nella loro tradizionale materialità ».

<sup>45</sup> A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, p. 271.

<sup>46</sup> E. QUADRI, *op. cit.*, p. 443, n. 54.

<sup>47</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 279.

<sup>48</sup> In generale, sulla problematica del pagamento *on line* e sui diversi metodi utilizzati, si v. G. FINOCCHIARO, *Il problema dei mezzi di pagamento*, in AA.VV., *I problemi giuridici di Internet*, cit., p. 105 ss.

<sup>49</sup> G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 65.

<sup>50</sup> Così anche Cass. 6 agosto 1965, n. 1885, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 13.

<sup>51</sup> Avanzata tra gli altri da F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 90.

<sup>52</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 113.

lemento perfezionativo del negozio (come pure inopportuno disporre la proposta di direttiva), assume invece la medesima funzione che era (ed è) propria dell'avviso dell'accettante: questo viene spiegato con «la considerazione dell'interesse che il proponente ha di essere sollecitamente informato sulla proposta fatta»<sup>53</sup>, mentre quella — e il fatto non configura certo una novità per il legislatore comunitario — segnerà l'adempimento di un dovere informativo imposto al venditore professionale, a presidio di un obbligo di correttezza verso i consumatori e a tutela della trasparenza del mercato.

Più complessa appare piuttosto la soluzione da dare all'altro problema, perché non solo nell'ipotesi in esame, ma anche nel diverso caso di conclusioni per *E-mail* i mezzi utilizzati per la trasmissione delle dichiarazioni impongono all'interprete una certa cautela nell'applicazione delle regole ordinarie: qual è, quindi, il *luogo* in cui l'esecuzione può dirsi iniziata, se si considera tra l'altro (e l'ipotesi non è affatto di scuola<sup>54</sup>) che i dati potrebbero essere inviati per mezzo di un *computer* portatile, collegato alla Rete attraverso un telefono mobile (e quindi anche, poniamo, da un treno in corsa o da una nave)?

È bene ricordare, intanto, che il problema dell'individuazione del luogo di perfezionamento di un contratto non assume un rilievo meramente accademico, ma certo ha perduto d'importanza a seguito delle riforme intervenute nel diritto civile, processuale e internazionale privato. La questione rileva ancora, infatti, per l'eventuale applicazione dei c.d. usi interpretativi ai sensi dell'art. 1368 c.c. e per la determinazione, ai sensi dell'art. 20 c.p.c., del foro facoltativo per le cause relative a diritti di obbligazione nel caso di controversia devoluta all'autorità giudiziaria ordinaria (soltanto però nei casi in cui non trovino applicazione l'art. 12 del d.lgs. 50/1992 e l'art. 14 del d. lgs. 185/1999, che stabiliscono la competenza inderogabile del giudice del luogo di residenza o domicilio del consumatore), ma non ha più valore al fine di stabilire la sussistenza della giurisdizione italiana, in quanto l'art. 3, co. 2 della l. 31 maggio 1995, n. 218 stabilisce che questa sussista, tra l'altro, nei casi previsti dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 (concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale), la quale afferma per i contratti la competenza del giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita (rinviando in pratica alle norme di diritto internazionale privato per stabilire quale esso sia): ai fini della determinazione della legge applicabile, poi, la Convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali, cui fa rinvio l'art. 57 della l. 31 maggio 1995, n. 218, rimette la scelta alla volontà delle parti (art. 3) stabilendo che, in mancanza, il contratto è regolato dalla legge del paese con il quale presenta il collegamento più stretto (art. 4).

Il problema può quindi ricevere una risposta articolata, distinguendo anzitutto i casi in cui l'accettante possa ricevere la qualifica di professionista da quelli nei quali sia invece definibile come consumatore, secondo l'ormai sperimentata distinzione tra chi operi nell'ambito della propria atti-

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 121

<sup>54</sup> Tutt'altro: al contrario, con lo sviluppo di nuove tecnologie nel settore della

telefonia mobile che consentono direttamente il collegamento ad *Internet*, non occorre più neppure il *computer*.

vità commerciale o professionale e chi invece agisca per scopi estranei ad essa: solo nel primo caso, infatti, sorgerà la questione di competenza, aprendo la strada ai criteri di collegamento fissati dalle citate Convenzioni e dalle norme di diritto internazionale privato, perché nel secondo l'applicabilità delle discipline speciali a tutela del consumatore radicherà la controversia nel foro inderogabile da queste stabilito (ovvero presso il domicilio del consumatore).

Non sempre poi, come abbiamo visto, il contratto telematico viene perfezionato secondo lo schema disciplinato dall'art. 1327 c.c., nel quale comunque il luogo di conclusione coincide con quello ove ha avuto inizio l'esecuzione: assume anzi particolare rilievo (anche se più per le implicazioni di carattere teorico che per l'effettiva diffusione pratica<sup>55</sup>) la conclusione attraverso *E-mail*, della quale viene in genere suggerito l'inquadramento nel procedimento « ordinario » disciplinato dell'art. 1326 c.c., sia per quanto attiene al momento della formazione del negozio che al luogo del suo perfezionamento<sup>56</sup>. Effettivamente nulla impedisce di comprendere nella nozione di « indirizzo del destinatario » prevista dall'art. 1335 c.c. anche l'indirizzo di posta elettronica, diffuso dal soggetto con i mezzi ordinari (carta intestata, biglietti da visita, ecc.) o comunicato tramite *Internet*: il concetto di « indirizzo », infatti, può essere tradotto semplicemente come « luogo ove inviare l'accettazione »<sup>57</sup>, senza che questo implichi soluzioni particolari quanto all'individuazione del luogo stesso o del mezzo di trasmissione (la scelta dei quali, nell'assenza di una disciplina cogente, resta pertanto affidata alla volontà delle parti)<sup>58</sup>.

Poiché quindi, con l'ampia espressione adottata, il legislatore intende solo richiamare il luogo più idoneo a far sì che la comunicazione pervenga « nella sfera di controllo del destinatario »<sup>59</sup>, ne consegue *ex art.* 1335 c.c. che chi abbia inviato proposte contrattuali tramite *E-mail* ha l'onere di controllare la posta in arrivo all'indirizzo elettronico che ha indicato ai terzi (e che, in ogni caso, compare automaticamente nei messaggi inviati), salva la possibilità di provare di essersi trovato senza colpa nell'impossibilità di venire a conoscenza dell'accettazione. Tale prova è valutata comunque in modo molto rigoroso nelle tradizionali fattispecie di contrattazione a distanza: mentre il mittente, infatti, ha soltanto il dovere di in-

<sup>55</sup> Tra l'altro, come già si è avuto modo di sottolineare, l'art. 11, par. 3 della direttiva 2000/31 esclude l'applicabilità del par. 2 (che prevede la messa a disposizione di strumenti tecnici idonei alla correzione di eventuali errori di inserimento dei dati dell'ordine) e di parte del par. 1 (in sostanza, dell'equivocato invio della ricevuta da parte del proponente) nel caso in cui i contratti siano conclusi « esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti ».

<sup>56</sup> Così, fra gli altri, L. ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers e sull'accettazione di un'offerta in Internet*, in *Giust. civ.*, 1997, II, p. 39 ss.; E. TOSI, *La conclusione*

*di contratti « on line »*, in AA.VV., *I problemi giuridici di Internet*, cit., p. 25 ss.

<sup>57</sup> Così R. SACCO, *op. cit.*, p. 211 ss.

<sup>58</sup> Tale soluzione « liberale » è adottata anche dalla Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili, ove all'art. 24 si trova affermato che « una proposta, una dichiarazione di accettazione o qualsiasi altra manifestazione di volontà "giunge" al destinatario quando gli è rivolta verbalmente o è consegnata con qualsiasi altro mezzo a lui personalmente, presso la sua sede di affari o al suo recapito postale, o, se egli non ha sede di affari né recapito postale, presso la sua dimora abituale ».

<sup>59</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 186.

viare « la proposta, l'accettazione, la loro revoca e ogni altra dichiarazione diretta a una determinata persona » presso l'indirizzo da questa indicato (che può anche differire dal consueto recapito), il destinatario deve invece, secondo la giurisprudenza, dimostrare di essersi trovato senza colpa nell'impossibilità di prendere notizia della dichiarazione « a causa di un evento eccezionale ed estraneo alla sua volontà quale, fra gli altri, la forzata lontananza in luogo non conosciuto e non raggiungibile »<sup>60</sup> (che non è configurabile, ad esempio, « nell'ipotesi in cui non rimanga interrotto in modo assoluto il collegamento — anche telefonico od epistolare — del soggetto con il luogo di destinazione della dichiarazione »<sup>61</sup>).

Si fa rilevare, tuttavia, che le fattispecie di « impossibilità » individuate nella restrittiva casistica elaborata dalle Corti debbono essere integrate con le novità apportate dal nuovo mezzo di trasmissione, e si porta ad esempio l'ipotesi di un « mancato funzionamento del sistema informatico del destinatario o del suo *provider*, tale da impedire al primo di prendere visione del messaggio *E-mail* a lui diretto »<sup>62</sup> In realtà, però, mentre al destinatario di un'accettazione inviata per *E-mail* sarà sicuramente possibile ribaltare la presunzione di conoscenza stabilita dall'art. 1335 c.c. fornendo la prova di eventuali disfunzioni del *server*, sarà più difficile ottenere tale risultato allegando la presenza di guasti al sistema (o, peggio, la propria assenza dal luogo ove è situato l'elaboratore): è ormai possibile, infatti, accedere alla propria casella di posta elettronica anche direttamente dal *Web* (e quindi in tutto il mondo, solo che si trovi un *computer* collegabile ad *Internet*), grazie alla presenza di numerosi siti finalizzati esclusivamente alla gestione dell'*E-mail*, che consentono di compiere agevolmente tutte le relative operazioni (lettura dei messaggi ricevuti, composizione e invio di nuovi messaggi) durante la navigazione in Rete e senza la necessità di avvalersi di un apposito programma<sup>63</sup>.

La posta elettronica sembra così acquisire addirittura « una posizione privilegiata rispetto alla posta ordinaria »<sup>64</sup>, non solo per l'indubbio vantaggio di essere pressoché istantanea (dall'invio del messaggio all'arrivo a destinazione, salvo imprevisti, trascorre solo qualche secondo), ma soprattutto per le informazioni che può offrire al mittente: alcuni programmi, infatti, consentono di conoscere con certezza, oltre al giorno e all'ora di invio del messaggio, anche *se e quando* il destinatario ha ricevuto e letto la comunicazione e forniscono con precisione il « percorso » virtuale seguito dal messaggio (dal mittente al proprio *server* di posta, da questo a quello del destinatario), indicandone anche l'esatto momento di apertura.

In effetti, prima ancora della direttiva sul commercio elettronico (ove l'art. 11, par. 1 dispone che l'ordine del destinatario dell'offerta e la ricevuta inviata dal proponente « si considerano pervenuti quando le parti

<sup>60</sup> Cass. 11 aprile 1990, n. 3061, in *Giust. civ. Mass.*, 1990.

<sup>61</sup> Cass. 28 gennaio 1985, n. 450, in *Giust. civ. Mass.*, 1985.

<sup>62</sup> L. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 41..

<sup>63</sup> Il successo di tale servizio ha indotto tutti gli ISP (*Internet Service Provider*) a fornirlo, e praticamente ogni titolare di

un indirizzo *E-mail* ha ora la possibilità di accedere alla propria casella attraverso il consueto meccanismo di ingresso nel sito (cui seguirà in questo caso la digitazione negli appositi campi del proprio *login* e della *password* di protezione).

<sup>64</sup> E. FLORINDI, *op. cit.*, p. 682.

cui sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi»<sup>65</sup>), il legislatore aveva intuito per tempo la necessità di sfruttare in modo adeguato le nuove possibilità offerte dalla tecnologia informatica: già il D.P.R. 513/1997, nel quale viene disciplinata la formazione e trasmissione dei documenti informatici, prevede infatti espressamente all'art. 12 che « il documento informatico trasmesso per via telematica si intende inviato e *pervenuto* al destinatario se trasmesso *all'indirizzo elettronico* da questi dichiarato » (1° comma), che « la *data* e *l'ora* di formazione, di trasmissione o di ricezione di un documento informatico », se conformi alle regole dettate nel decreto, « sono *opponibili* ai terzi » (2° comma) e che, infine, « la *trasmissione* del documento informatico *per via telematica*, con modalità che assicurino l'avvenuta consegna, *equivale* alla notificazione per mezzo della *posta* nei casi consentiti dalla legge » (3° comma).

In sostanza, quindi, il momento della conclusione dei contratti formati per *E-mail* può farsi certamente coincidere con l'arrivo dell'accettazione nella casella postale del proponente, ma questa rimane comunque un indirizzo *virtuale*, per il quale valgono le medesime considerazioni già fatte in ordine alla possibilità di accedere alla Rete da qualunque luogo in cui fisicamente si trovi l'utente: la soluzione che legava l'individuazione del luogo di formazione del contratto alla collocazione del titolare dell'indirizzo (se questi avesse avuto notizia dell'accettazione « scaricando » il messaggio nella sua sede, ivi si sarebbe concluso il contratto; se invece ciò fosse avvenuto altrove, il perfezionamento si sarebbe realizzato dove egli si trovava in quel momento<sup>66</sup>), proprio perché indubbia fonte d'incertezze interpretative, appariva pertanto criticabile già a chi ne rilevava l'incompatibilità con « il particolare *medium* di trasmissione utilizzato — *Internet* — per la negoziazione attraverso *E-mail* », ipotizzando al contrario che « nel caso di *E-mail* il luogo di conclusione sarà il luogo fisico dove si trova collocato il *server* del *provider* con cui è stato stipulato il contratto di accesso e dove è stato assegnato uno spazio di memoria per l'indirizzo *E-mail* »<sup>67</sup>.

L'evoluzione della Rete, però, rende ancor più difficile persistere nel tentativo (paleso nella prima proposta, ma comunque latente nell'altra) di stabilire una corrispondenza tra l'indirizzo virtuale e un luogo fisico, alla quale continuare ad ancorare la finzione, evidentemente difficile da abbandonare, di un collegamento « reale » dell'indirizzo di posta elettronica con un « domicilio » nel senso classico del termine: infatti, mentre la possibilità di utilizzare la posta elettronica direttamente tramite il *Web* e, soprattutto, di prescindere dalla presenza di un elaboratore per il collegamento ad *Internet* dimostrano la pratica impossibilità di rintracciare il luogo in cui l'utente abbia avuto notizia del singolo messaggio, così palesando l'astrattezza della prima soluzione, a sancire ine-

<sup>65</sup> Si noti che in questo caso il par. 3 non esclude l'applicabilità di tale disposizione ai « contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti ».

<sup>66</sup> L. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 45, il quale comunque non manca di rilevare (*ibidem*,

n. 143) che « oggi, tramite *modem* e linea telefonica, si può lavorare su un certo *computer* pur trovandosi in qualunque parte del globo ».

<sup>67</sup> E. TOSI, *La conclusione di contratti « on line »*, in AA.VV., *I problemi giuridici di Internet*, *cit.*, p. 26.

quivocabilmente l'inadeguatezza dell'altra v'è anche la presenza dei c.d. « *mirror sites* », ovvero dei siti che (come indica la denominazione) si affiancano a quello originario rispecchiandone i contenuti. Tale scelta può essere dettata dai motivi più vari (affollamento del *server* originario, esigenze di mercato, motivi di prestigio), ma è abbastanza diffusa soprattutto fra gli operatori più noti, e proprio nel caso dei gestori di *E-mail* accadrà facilmente che, pur accedendo al medesimo indirizzo, si faccia in realtà capo a *servers* differenti e concretamente localizzati a notevoli distanze tra loro, talora addirittura in diversi continenti: la possibilità di collegare il luogo di conclusione del contratto formato per posta elettronica a quello ove è situato il *server* è, con tutta evidenza, praticamente vanificata.

Alla luce di quanto esposto, pertanto, nei contratti conclusi tramite posta elettronica il luogo di conclusione del negozio deve identificarsi con l'indirizzo « reale » del proponente. Tale soluzione, infatti (che trova comunque importanti riscontri a livello internazionale<sup>68</sup> ed è ora indirettamente confermata proprio dalla direttiva 2000/31, che al *Considerando* n. 19 considera come luogo di stabilimento per le imprese che forniscono servizi tramite siti *Internet* il luogo in cui queste esercitano la propria attività economica, e non quello dove si trova la tecnologia di supporto del sito né quello dove esso è accessibile), è dettata anzitutto da una realistica considerazione della condotta degli operatori che offrono sulla Rete beni o servizi, i quali, diffondendo un indirizzo *E-mail* proprio in relazione alla propria attività commerciale o professionale, suggeriscono un naturale riferimento alla sede dell'impresa o dell'attività<sup>69</sup>: poiché quest'ultima è facilmente individuabile secondo i modi tradizionali, si consentirà in definitiva un più agevole radicamento del *forum contractus*, almeno nei residui casi in cui esso possa ancora avere qualche rilievo (si è già visto, infatti, come l'importanza pratica del problema sia stata in larga parte svalutata dall'avvenuta evoluzione normativa, specialmente nei contratti di cui sia parte un consumatore).

In conclusione, la pur rapida analisi delle diverse forme in cui può avvenire lo scambio in via telematica non ha potuto che confermare l'assunto iniziale, il quale intendeva mettere in evidenza anzitutto come nelle nuove modalità di espressione della volontà delle parti, le quali pure si avvalgono dei mezzi sempre più evoluti forniti dalla tecnologia, sia da ravvisare un'evoluzione — e non una negazione — della nozione di contratto, sì da respingere con forza il tentativo di vedere negli « scambi di mercato », e in

<sup>68</sup> All'art. 15 del *Model Law of Electronic Commerce* predisposto nel 1996 dall'UNCITRAL si trova affermato, infatti, che il luogo di conclusione del contratto è quello in cui il destinatario ha la sede dei suoi affari: « *unless otherwise agreed between the originator and the addressee, a data message is deemed to be dispatched at the place where the originator has its place of business, and is deemed to be received at the place where the addressee has its place of business* ». Se le sedi sono più di una, allora il luogo di conclusione

sarà presso quella principale; se invece il destinatario non possiede alcuna sede d'affari, il luogo di conclusione sarà quello della sua residenza abituale. Legislazioni ispirate al progetto dell'UNCITRAL sono in vigore, tra gli altri, in Australia, Corea del Sud, Francia, Hong Kong, Irlanda, Singapore, oltre che nello Stato dell'Illinois (cfr. il sito dell'UNCITRAL, « <http://www.uncitral.org> »).

<sup>69</sup> Conforme sul punto F. DELFINI, *op. cit.*, p. 298.

particolare di quelli realizzati sulla Rete, la scomparsa dell'accordo come elemento fondante del vincolo contrattuale. Allo stesso tempo, inoltre, si è potuto vedere come i differenti procedimenti di formazione in via telematica della fattispecie negoziale (da quello più frequente dell'accesso al sito, alla conclusione per *E-mail*) riescano a trovare un'agevole sistemazione nelle categorie tradizionali, già note al legislatore o elaborate dagli interpreti, senza che il diritto dei contratti, o quantomeno la disciplina del loro procedimento di formazione, ne debba essere necessariamente sconvolto: ciò tanto più è vero (e con maggior forza deve essere ribadito) quando, come avviene per la direttiva 2000/31, tale supposta « rivoluzione » non è affatto voluta, né effettivamente realizzata, dallo stesso legislatore.