



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Corso di dottorato
in diritto civile, commerciale e internazionale.

L'impegno contrattuale telematico,
fra diritto comune e disciplina speciale

Relatore: Chiar.mo Prof. Vincenzo Roppo

Candidato: Dott. Giacomo Berrino

Ringrazio di cuore il Professor Roppo e il Professor Benedetti che mi hanno dapprima accolto nel dipartimento di diritto privato e poi accompagnato, assistito e consigliato nel percorso che mi ha condotto alla stesura di questa tesi.

Ringrazio anche tutti i colleghi, dottorandi, ricercatori e professori con i quali durante questi anni di dottorato ho condiviso non solo l'attività di studio e ricerca ma anche tante esperienze e bei momenti di vita.

Parte I
IL PROBLEMA.

Capitolo 1: Il contratto telematico.

1. Nuove tecnologie e categorie negoziali.
2. Il contratto telematico: contenuti e area applicativa.

Capitolo 2: La disciplina dei contratti telematici: individuazione e nodi problematici.

1. Il rapporto tra il Codice del 1942 e i nuovi meccanismi di formazione.
2. I contratti telematici tra codice civile e disciplina speciale: quale compatibilità?
3. Gli obiettivi del presente lavoro.

Parte II
LA FORMAZIONE.

Sezione I: La fase precontrattuale.

Capitolo 3: Gli obblighi informativi.

1. Le ragioni dell'informativa precontrattuale.
2. Gli obblighi informativi nel D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70.
3. L'informativa obbligatoria nel Codice del Consumo: contenuto.
4. *Segue.* E modalità.
5. Le conseguenze dell'inosservanza.
6. La difformità tra informativa e contratto: la contrattualizzazione dell'informativa precontrattuale.
7. Un possibile paradosso: troppe informazioni equivale a nessuna informazione?

Capitolo 4: La formazione della volontà negoziale nel contratto virtuale e nel contratto cibernetico.

1. Contratti online come scambi senza accordo: cenni sul dibattito dottrinale.

2. Possibilità di configurare una trattativa tra le parti nei contratti virtuali in senso stretto.
3. I contratti cibernetici e l'agente software.
4. Esempi e ipotesi per l'uso del sistema cibernetico nella conclusione dei contratti.
5. Analogie e differenze con la rappresentanza: l'agente software non può essere considerato un soggetto giuridico.
6. Contratti cibernetici e volontà.
7. Ipotesi di qualificazione dell'agente software.
8. L'errore dell'agente software e il principio di autoresponsabilità.
9. Tecnologia cibernetica ed esigenza di protezione dei dati personali.
10. La tutela dell'individuo rispetto alle decisioni automatizzate nel nuovo Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali.

Sezione II: La conclusione del contratto.

Capitolo 5: Il documento informatico come “strumento” del contratto telematico.

1. Il documento informatico e il suo ruolo nei contratti telematici.
2. Le diverse tipologie di firma informatica.
3. *Segue.* La firma elettronica (semplice).
4. *Segue.* La firma elettronica avanzata.
5. *Segue.* La firma elettronica qualificata.
6. *Segue.* La firma digitale.
7. Le firme informatiche e i contratti a forma vincolata ex art. 1350 c.c..
8. L'efficacia probatoria dei documenti informatici.
9. Cenni sul documento informatico con firma elettronica autenticata e sull'atto pubblico notarile informatico.

Capitolo 6: La conclusione del contratto telematico in senso lato.

1. La distinzione tra contratto telematico in senso lato e in senso stretto.

2. Lo schema dell'art. 1326 c.c. e lo scambio di dichiarazioni in forma telematica.
3. Il tempo della conclusione dell'accordo.
4. Il luogo.
5. Altre questioni in materia di contratti conclusi mediante scambio di comunicazioni elettroniche.

Capitolo 7: La conclusione del contratto sul sito web.

1. Il contratto virtuale in senso stretto.
2. L'offerta al pubblico sul sito web.
3. L'accettazione mediante pressione del tasto negoziale virtuale.
4. I limiti e le problematiche dell'utilizzo del tasto negoziale virtuale
5. La conclusione del contratto mediante inizio dell'esecuzione ex art. 1327 c.c..
6. Lo schema dell'accettazione mediante comportamento omissivo ex art. 1333.
7. La variante procedimentale dell'invito a proporre.
8. La conferma d'ordine.
9. Il ruolo della conferma d'ordine nella determinazione del momento del perfezionamento dell'accordo.
10. Il luogo di conclusione del contratto virtuale in senso stretto.
11. L'indirizzo virtuale e l'indirizzo reale del proponente.

Capitolo 8: L'approvazione delle clausole vessatorie nei contratti telematici.

1. Il contratto telematico come contratto predisposto.
2. Le condizioni generali nel contratto virtuale.
3. La giurisprudenza sul requisito della firma elettronica avanzata per l'approvazione delle clausole vessatorie.
4. Argomenti contrari a tale orientamento.
5. Possibili soluzioni alternative.
6. Spunti conclusivi.

Parte III

IL DIRITTO DI RECESSO DEL CONSUMATORE TELEMATICO.

Capitolo 9: Il recesso del consumatore telematico: *ratio* e disciplina.

1. Gli strumenti per la protezione del cyberconsumatore.
2. La *ratio* del diritto di recesso del consumatore nei contratti a distanza.
3. Le fonti e la disciplina del diritto di recesso.
4. *Segue*. Termine e modalità.
5. *Segue*. Effetti e conseguenze.
6. *Segue*. Inosservanza degli obblighi informativi.
7. *Segue*. Ambito di applicazione ed esclusioni.
8. La natura giuridica del diritto di recesso del consumatore nei contratti a distanza.

Capitolo 10: L'abuso del diritto di recesso del consumatore nei contratti virtuali.

1. Inquadramento della questione.
2. L'abuso del diritto in dottrina e giurisprudenza.
3. L'insindacabilità del diritto di recesso del consumatore.
4. La riforma del codice del consumo e i nuovi limiti al recesso del consumatore.
5. La configurabilità di un esercizio abusivo del diritto di recesso da parte del consumatore.
6. L'utilizzo del bene senza la "*manipolazione diversa*".
7. L'uso eccessivo del bene senza diminuzione di valore.
8. L'abuso del diritto di recesso anche in caso di rimborso non integrale.
9. L'abuso del diritto nel recesso "*prolungato*".
10. Conseguenze dell'esercizio abusivo del diritto di recesso da parte del consumatore.

Parte IV

UNA NUOVA PROSPETTIVA: LA CONCLUSIONE DEI CONTRATTI VIRTUALI FRA LEGGE E AUTONOMIA PRIVATA.

Capitolo 11: L'autonomia privata procedimentale nella contrattazione online.

1. Il ruolo degli schemi tipici.
2. L'autonomia privata procedimentale: nozione e contenuti.
3. Il contratto virtuale e l'autonomia privata procedimentale: quale rapporto?
4. La formazione del contratto virtuale tra schemi codicistici e autonomia privata procedimentale.

Capitolo 12: L'utilizzo pratico dell'autonomia privata procedimentale nella contrattazione virtuale.

1. Gli obiettivi del soggetto che predispone il sito internet.
2. Gli schemi formativi creati da chi vende online.
3. *Segue.* I contratti conclusi con l'accettazione dell'offerta al pubblico.
4. *Segue.* I contratti conclusi con l'accettazione immediata della proposta dell'utente fondata sull'invito ad offrire.
5. *Segue.* L'accettazione del professionista differita rispetto alla proposta dell'utente.
6. *Segue.* Brevi osservazioni sui contratti diversi dalla compravendita.

Capitolo 13: L'inosservanza dello schema formativo predisposto.

1. Gli effetti della predisposizione unilaterale.
2. I limiti alla predisposizione unilaterale.
3. *Segue.* L'accordo come limite principale.
4. L'accettazione espressa in maniera difforme.

Bibliografia.

- Parte I -
IL PROBLEMA.

*

CAPITOLO 1
IL CONTRATTO TELEMATICO.

1. Nuove tecnologie e categorie negoziali. 2. Il contratto telematico: contenuti e area applicativa.

1. Nuove tecnologie e categorie negoziali.

La nascita e la diffusione dei computer e di internet hanno portato profondi cambiamenti nella realtà sociale ed economica e, di conseguenza, nel diritto. Il rapporto tra diritto e tecnologia non è caratteristica esclusiva dell'era digitale ma si tratta di una relazione da sempre presente ed evidente; basti pensare all'impatto dell'invenzione tecnologica della scrittura sulla possibilità di definire le regole e gli istituti giuridici¹.

Senza volersi soffermare sulle origini e sugli elementi tecnici della struttura denominata internet è comunque opportuno descrivere a grandi linee quello che è lo strumento attraverso il quale avviene la contrattazione telematica: d'altronde è con la nascita del *web* -insieme alle sue innumerevoli applicazioni- che è sorta la necessità di trovare delle regole da applicare ai rapporti giuridici derivanti dall'incontro di volontà negoziali avvenute online.

La realtà generata da internet viene denominata² "spazio virtuale" e tale termine rende l'idea di un luogo metaforico che, come ogni luogo, può essere sede di incontri e quindi di accordi negoziali tra soggetti. La c.d. realtà virtuale si basa su uno strumento di

¹ G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Il Mulino, 2003, p. 10.

² Si veda E. TOSI (*Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, p. 10) che richiama lo scrittore canadese W. Gibson che per primo nel romanzo *Neuromante* utilizzò il termine *cyberspace*.

comunicazione, internet, che può essere descritto e suddiviso in tre profili: il substrato fisico, ossia l'infrastruttura *hardware* utilizzata per operare; il substrato logico, ovvero il *software* che ne consente il funzionamento e il substrato informativo ossia il contenuto trasmesso attraverso questo sistema di comunicazione.³

L'avvento di internet ha offerto innumerevoli possibilità di utilizzo e sfruttamento economico tanto che al 2017 tra i dieci marchi di maggior valore a livello globale si trovano ben tre società che operano esclusivamente online ed altre cinque che sono strettamente collegate all'utilizzo della rete⁴.

Si è infatti assistito alla progressiva commercializzazione della rete nel momento in cui gli operatori economici si sono avveduti delle sue potenzialità e hanno cominciato l'impiego di internet per finalità di scambio di beni e servizi⁵. Con la diffusione del commercio elettronico inteso come “svolgimento di attività commerciali e di transazioni per via elettronica”⁶ si è cominciata ad avvertire la necessità di una regolamentazione del fenomeno. Su questo profilo non si sono fatti attendere interventi normativi da parte tanto del legislatore italiano quanto di quello europeo, nonché studi e approfondimenti dottrinali sia sulle nuove norme sia sulla loro interazione con le categorie del diritto tradizionali.

Lo strumento centrale per il funzionamento del commercio elettronico è, come in ogni ambito della nostra economia, il contratto.

Per potere fornire una chiara definizione del fenomeno “contratto telematico” è utile premettere una parentesi sulla classificazione dei contratti delle nuove tecnologie. I

³ In inglese *the Physical Layer, the Code Layer, e the Content Layer*, come riportato da E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Contratto e impresa*, 2014, 6, pp. 1264 e ss. che si rifà alla definizione di Y. BENKLER, *From consumers to users: shifting the deeper structures of regulation*, in *Federal Communication Law Journal*, 52, 200, pp. 561 e ss.

⁴ Si veda la classifica di Brand Finance Global riportata da Il Sole 24 ore nell'articolo del 14 giugno 2017: Google, Apple, Amazon.com, AT&T, Microsoft, Samsung Group, Verizon, Walmart, Facebook, ICBC (l'articolo è disponibile su www.infodata.ilsole24ore.com/2017/06/14/la-classifica-dei-100-brand-maggiore-valore-al-mondo-google-al-top).

⁵ Sull'evoluzione di internet, da comunità di persone uniformemente orientate al progresso della nuova tecnologia, a vastissima realtà caratterizzata da interessi molteplici e contrastanti, nonché sui possibili futuri sviluppi si vedano le riflessioni di J. HURWITZT, *Trust and online interaction*, su *University of Pennsylvania Law Review*, 2012-2013, p. 1579.

⁶ Così definito nel documento “*Linee di politica industriale per il Commercio Elettronico*” emanato dal Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato in data 30 luglio 1998.

criteri utilizzati per tale catalogazione⁷ sono l'oggetto del contratto, l'esecuzione del contratto, e le forme e la formazione del contratto.

In base all'oggetto si distinguono:

- i contratti ad oggetto informatico, ossia i contratti di utilizzazione del computer che si suddividono in contratti di *hardware* e contratti di *software*;
- i contratti ad oggetto telematico, o di servizi informatici e telematici che consistono in contratti con oggetto il trattamento dei dati, oppure la fruizione dei dati o, ancora, la fruizione di risorse informatiche di terzi (c.d. *outsourcing*);
- i contratti ad oggetto i servizi di connessione a internet tra i quali la fornitura della connessione a internet, l'attivazione della posta elettronica, l'assegnazione di un nome a dominio, l'*hosting* di un sito *web*, ecc;
- i contratti ad oggetto virtuale o contratti di accesso, che riguardano principalmente l'utilizzo dei nuovi beni immateriali (quali informazioni digitali, banche dati, *software*, opere musicali o cinematografiche) attraverso schemi negoziali tipici, come la vendita, o atipici, come la licenza d'uso.

Volgendo l'attenzione all'esecuzione del contratto si individua la sottocategoria dei contratti ad esecuzione informatica (o telematica): si tratta di contratti che hanno ad oggetto la fruizione di servizi telematici puri (es l'attivazione del servizio bancomat o pay per view) ma che vengono stipulati al di fuori della rete⁸.

La classificazione che più interessa in relazione alle finalità del presente lavoro è quella che pone l'attenzione sui profili della forma e della formazione.

Tra i contratti a forma informatica si deve distinguere in primo luogo tra c.d. contratti informatici e telematici: i primi vengono conclusi mediante lo strumento informatico⁹ tra soggetti presenti fisicamente nello stesso luogo (*inter praesentes*) mentre i secondi vengono stipulati a distanza e quindi *inter absentes*.

⁷ La classificazione è operata da E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, pp. 38 e ss.

⁸ Di telematico si registra solo l'esecuzione del contratto proprio perché la sua formazione avviene in maniera tradizionale senza l'utilizzo di internet.

⁹ V. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, Maggioli, 1989, p. 168: "Con questo termine si descrivono quei contratti conclusi a mezzo o con l'ausilio di elaboratori, di cui è esempio acquisito e diffuso il c.d. trasferimento elettronico di fondi".

Come sottocategoria dei contratti telematici alcuni autori individuano¹⁰ quella dei contratti virtuali. Essa nell'accezione più ampia (contratti virtuali in senso lato) comprende tutti i contratti telematici stipulati tramite internet (non solo *world wide web* ma anche altri strumenti quali la posta elettronica). Per contratti virtuali in senso stretto si intende invece esclusivamente quei contratti stipulati utilizzando le piattaforme di commercio elettronico basate sul *world wide web* ed in particolare con la forma del tasto negoziale virtuale¹¹. Altri autori¹² tralasciano la distinzione delle categorie di contratti telematici e virtuali e parlano in generale di contratti telematici limitandosi a distinguere tra contratti telematici in senso lato (comprensivi di quelli conclusi via email) e contratti telematici in senso stretto (riferendosi solo a quelli perfezionati su piattaforme di commercio elettronico). Alla luce della scarsa rilevanza quantitativa dei contratti telematici non conclusi via internet (e quindi non "virtuali") si ritiene di utilizzare in queste pagine indistintamente il termine virtuale e telematico.

Quanto alla formazione i contratti caratterizzati dall'utilizzo della tecnologia digitale possono dividersi in tre categorie¹³: ai contratti conclusi con lo scambio di dichiarazioni telematiche ricettizie (c.d. contratti telematici in senso lato) ed ai contratti telematici (o virtuali) in senso stretto che si concludono mediante l'utilizzo delle piattaforme di commercio elettronico, si aggiungono i contratti cibernetici. Questi ultimi si distinguono per il fatto che lo strumento tecnologico non è utilizzato come mero veicolo della dichiarazione contrattuale ma anche per determinare il contenuto stesso dell'accordo; si tratta dei contratti che si concludono con l'utilizzo dei c.d. agenti *software*¹⁴, basati sull'impiego dell'intelligenza artificiale. Lo strumento tecnologico, in questo caso, diviene quindi compartecipe della formazione della volontà negoziale. Il contratto

¹⁰ E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, pp. 38 e ss.

¹¹ Cap. 7 e in particolare paragrafo 3.

¹² Si vedano per esempio D. VALENTINO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 272 e R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 12, p. 2553. Si veda anche M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Dir. Informatica*, 6, 2004, p. 805: "Per contratto telematico o "virtuale" 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 utilizzato".

¹³ S. GRUNDMANN, P. HACKER, *Digital technology as a challenge to european contract law. From the existing to the future architecture*, su *European Review of Contract Law*, 2017, 3, p. 255.

¹⁴ *Software agents* o *AI agents* (dove AI sta per intelligenza artificiale).

cibernetico può nella sostanza essere considerato come una sottocategoria dei contratti telematici o virtuali perché è (quasi esclusivamente) in tale contesto che esso trova spazio; questo perché è difficile immaginare una situazione in cui il contratto con l'agente *software* viene concluso tra presenti (ma comunque tale ipotesi non può essere esclusa). La categoria del contratto cibernetico è caratterizzata non solo e non tanto per le modalità di conclusione del contratto (come invece avviene con il contratto telematico) ma per le modalità con le quali viene determinata (o completata) la volontà negoziale del soggetto che contrae.

La presente analisi verterà principalmente sui contratti telematici intesi come quei contratti per il cui perfezionamento le parti si avvalgono della forma telematica per articolare e veicolare la dichiarazione contrattuale¹⁵. Ma una parte più limitata di questo lavoro¹⁶ sarà altresì dedicata alla figura del contratto cibernetico, ossia quel contratto per la cui conclusione una delle parti (ma non è escluso che lo facciano entrambe) si avvale di un agente *software* al fine non solo di esternare la propria dichiarazione contrattuale ma anche di definirne il contenuto¹⁷.

2. Il contratto telematico: contenuti e area applicativa.

Come anticipato, il presente approfondimento si focalizzerà sulle categorie da ultimo descritte e principalmente sui contratti telematici, definiti come tutti quegli accordi ex art. 1321 c.c. conclusi tra soggetti assenti che utilizzano computer o altri strumenti informatici¹⁸ collegati tra loro, generalmente tramite internet¹⁹.

Il contratto virtuale (o telematico) costituisce senz'altro lo strumento elettivo per lo sviluppo del commercio elettronico e quindi si può considerare un pilastro del mercato

¹⁵ G. ARANGUENA, *Sospensione di un "account" su "ebay": il contratto telematico b2b tra accettazione "point and click" e tutela dell'accesso al mercato del commercio elettronico*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, 6, p. 1181.

¹⁶ Capitolo 4.

¹⁷ F. BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Giuffrè, 2007; F. BRAVO, *Contratto cibernetico*, in *Dir. informatica*, 2011, 2, p. 169.

¹⁸ Tra i più diffusi ed utilizzati troviamo *smartphone* e *tablet*.

¹⁹ Definizione utilizzata da R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 12, p. 2553.

globale generato da internet.²⁰ Questo dato, unitamente all'osservazione della dimensione del fenomeno del commercio elettronico (il 2017 si parla di circa 23,7 miliardi di Euro solamente in Italia per il commercio elettronico B2C²¹), rende evidente la rilevanza e la necessità di una disciplina quanto più completa, dettagliata, aggiornata e certa per i c.d. contratti telematici. Solo così si può garantire il massimo sviluppo per un settore di tale rilevanza economica e sociale.

Nella vastissima eterogeneità dei contratti telematici l'elemento unificante dei vari tipi negoziali che rientrano nella categoria dei contratti telematici è il c.d. "substrato tecnologico" il quale ne condiziona sia le forme sia i procedimenti formativi²². La categoria negoziale del contratto telematico non può che essere definita attraverso le peculiarità che la caratterizzano ed in primo luogo per il fatto che l'incontro delle volontà negoziali avviene online (per esempio attraverso l'accesso ad un sito web di *ecommerce* oppure mediante comunicazioni via *email*).

Questo elemento determina in primo luogo problematiche in merito all'identificazione del soggetto che effettua la dichiarazione negoziale²³: tale questione viene risolta mediante il ricorso all'istituto della firma informatica²⁴ nelle sue varianti e declinazioni. L'argomento di maggiore rilievo è poi la determinazione degli schemi per la formazione di un contratto che per definizione si conclude *inter absentes* e nella cui disciplina, basata tradizionalmente sul codice civile, si inseriscono normative speciali sia di diritto interno, sia di derivazione europea.

Altro aspetto fondamentale di questa categoria risiede nella difficoltà che spesso si incontra nella determinazione del tempo e del luogo della conclusione del contratto. Il contratto si conclude nel luogo virtuale creato da internet ed è quindi sempre necessario

²⁰ E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, pp. 38 e ss.

²¹ Si veda E. NETTI, *Accelera il mercato dell'e-commerce in Italia*, su *Il Sole 24 Ore*, 27 febbraio 2017, disponibile su www.ilsole24ore.com.

²² Come condivisibilmente evidenziato da E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, pp. 61-62.

²³ Il commercio elettronico "si esplica in un mercato aperto, di dimensione globale, con un numero illimitato di partners che di regola non si conoscono. Sono indispensabili sistemi di sicurezza e autenticazione" (D. VALENTINO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 271).

²⁴ Viene qui usato il termine più generale al fine di comprendere sia le varie tipologie di firma elettronica, sia la firma digitale. L'argomento sarà approfondito al capitolo 5.

domandarsi se, ed in che modo, si possano applicare i criteri codicistici in relazione alla collocazione temporale e spaziale della formazione del contratto.

A questo si affianca il problema dell'asimmetria nel rapporto tra i contraenti: non solo perché molto spesso chi accede al sito internet è un consumatore (e quindi in posizione di netta inferiorità economica ed informativa), ma anche perché chi si trova a contrarre online opera all'interno di un ambiente negoziale che la sua controparte contrattuale ha predisposto in via esclusiva sia dal punto di vista dichiarativo sia materiale²⁵. La differenza tra i contraenti è quindi enormemente acuita dall'utilizzo dello strumento internet e ciò richiede che l'ordinamento giuridico preveda tutele e garanzie ulteriori²⁶. Si immagini per esempio il cliente che entra in un negozio per acquistare un prodotto: egli avrà la possibilità di osservare il bene direttamente, di rivolgere ogni necessaria domanda al negoziante ed, eventualmente, di discutere (trattare) su prezzo, caratteristiche e condizioni contrattuali; viceversa online il cliente può interagire esclusivamente con quanto predisposto dal negoziante, osservando il bene solo con gli strumenti messi a sua disposizione dalla controparte e spesso senza la possibilità di fare domande e ricevere spiegazioni. A ciò si aggiunge che il cliente può essere raggiunto dalle proposte in ogni momento e quindi anche in situazioni di distrazione o debolezza emotiva e che, sia prima sia dopo la conclusione del contratto, l'interazione con la controparte è certamente più complessa rispetto a quanto non possa avvenire in un negozio fisico.

²⁵ *“I soggetti della disciplina sul commercio elettronico non sono più il professionista ed il consumatore ma il destinatario ed il fornitore dei servizi della società dell'informazione, protagonisti della nuova disciplina siano esse persone fisiche o giuridiche e quale che sia la motivazione dell'acquisto del bene e del servizio. In tale mutato approccio sembra potersi cogliere la consapevolezza da parte del legislatore europeo della circostanza che nei rapporti negoziali on line i fattori che determinano forza e debolezze contrattuali e gli aspetti di criticità di una transazione sono differenti rispetto a quelli propri del mercato tradizionale”* (E. BATTELLI, *Contrattazione e condizioni generali di contratto nell'e-commerce*, in *Contratti*, 2010, 2, p. 191).

²⁶ *“La debolezza del consumatore (rectius: cyberconsumatore) nei rapporti di consumo del commercio elettronico risiede, piuttosto, nel disagio tecnologico, nell'impenetrabilità delle dinamiche di funzionamento dell'applicativo software attraverso il quale il fornitore commercializza i propri beni o servizi, nell'estrema difficoltà con cui esso può preconstituirsì una prova utilizzabile per far valere giudizialmente un proprio diritto o, infine, nella sproporzione tra il valore della transazione commerciale perfezionata on line in pochi istanti e gli oneri economici ed il tempo occorrenti per la risoluzione della controversia eventualmente insorta con il fornitore.”* (E. BATTELLI, *Contrattazione e condizioni generali di contratto nell'e-commerce*, in *Contratti*, 2010, 2, p. 191).

Ne consegue che nei contratti telematici, ancor più che in altri settori economici, si avverte la necessità di una tutela che dovrebbe essere fornita non solo al cliente che riveste la qualifica di consumatore ma a tutti i soggetti che si trovano a contrarre attraverso il sito internet predisposto dalla controparte in situazione di estrema asimmetria. Tale esigenza, pur rilevata da più parti in dottrina, ha trovato ad oggi riscontro piuttosto limitato da parte del legislatore che continua a riservare gran parte delle tutele al solo (cyber)consumatore senza estenderle al “cyber-cliente” in generale²⁷. Il contratto virtuale in senso stretto -inteso come quello concluso attraverso il sito *web*- è quindi caratterizzato dalla totale (o quasi) assenza di trattative tra le parti²⁸, dalla predisposizione unilaterale da parte del contraente forte e dall’offerta ad un pubblico indistinto di soggetti, tutti elementi che sollevano rilevanti questioni giuridiche. Sono stati qui elencati solo alcuni (forse i più salienti) aspetti critici dei contratti telematici, i quali saranno oggetto di analisi ed approfondimento nel presente lavoro.

²⁷ V. ROPPO, *From consumer contracts to asymmetric contracts: a trend in european contract law?*, su *European Review of Contract Law*, 2009, 3, p. 304. V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, III edizione, Giappichelli, 2011, in particolare cap. V e p. 118; E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, p. 278; C. MEDICI, *Clausole vessatorie, cliente-consumatore e cliente-impresa*, in *Contratti*, 2017, 2, 161; E. BATTELLI, *Contrattazione e condizioni generali di contratto nell’e-commerce*, in *Contratti*, 2010, 2, p. 191: “Tali aspetti di debolezza possono concernere in modo trasversale persone fisiche e rappresentanti di persone giuridiche e prescindono completamente dalla motivazione personale o professionale all’origine della transazione”.

²⁸ Si può in realtà discutere sulla possibilità di individuare in taluni casi una sorta di trattativa tra le parti ma per tale approfondimento si rimanda al capitolo 4, paragrafo 2.

CAPITOLO 2

LA DISCIPLINA DEI CONTRATTI TELEMATICI:

INDIVIDUAZIONE E NODI PROBLEMATICI.

1. Il rapporto tra il Codice del 1942 e i nuovi meccanismi di formazione. 2. I contratti telematici tra codice civile e disciplina speciale: quale compatibilità? 3. Gli obiettivi del presente lavoro.

1. Il rapporto tra il Codice del 1942 e i nuovi meccanismi di formazione.

Il contratto telematico non è ovviamente il primo esempio di accordo concluso a distanza, anzi il fenomeno della contrattazione *inter absentes* era già noto al legislatore del 1942²⁹. I precedenti dei contratti a distanza sono rappresentati dagli accordi conclusi con l'utilizzo del sistema postale e, più recentemente, della comunicazione tramite telefono³⁰. Ma l'esempio storico più affine al contratto telematico in senso stretto³¹ è rappresentato dalle vendite tramite catalogo, meccanismo già diffuso all'inizio del secolo scorso e basato sulla predisposizione di un catalogo nel quale i prodotti vengono descritti e proposti al cliente che a sua volta può acquistarli compilando e inviando per posta il modulo fornito con il catalogo stesso. Le analogie rispetto al contratto concluso sul sito internet sono evidenti.

Il modello di contratto del codice civile è stato quindi concepito in modo tale da adattarsi a situazioni nelle quali l'accordo non viene concluso tra soggetti presenti contestualmente nel medesimo luogo. Tale aspetto emerge, in primo luogo, dall'art.

²⁹ Come evidenziato da R. FAVALE (*La conclusione del contratto telematico*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 12, p. 2553) il modello principale delineato dal codice civile basato sullo scambio di proposta ed accettazione dimostra la consapevolezza del legislatore sull'opportunità di individuare un procedimento formativo adatto alla conclusione di un contratto tra soggetti non presenti fisicamente nello stesso luogo: "Le prime codificazioni, come il codice prussiano (ALR), il codice civile austriaco (ABGB) e lo stesso codice civile francese, non dettano disposizioni sulla conclusione del contratto per proposta e accettazione, mentre per i codici successivi, come il codice civile tedesco (BGB), il codice delle obbligazioni svizzero (OR), il nostro codice civile e il recente codice civile olandese (NBW), pare che lo schema proposta/accettazione costituisca l'unico modo per concludere un contratto."

³⁰ C.F. GABBA, *Il telefono nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, 180; A.M. BENEDETTI, *Il contratto non si conclude per telefono: paradossi dell'asimmetria procedimentale*, in *Contratti*, 2017, 3, p. 343.

³¹ Contratto concluso tramite l'utilizzo di un sito internet come sarà meglio descritto successivamente.

1326 c.c. che individua come meccanismo principale per la formazione del contratto quello basato sullo scambio di proposta e accettazione (applicabile indistintamente alla contrattazione *inter praesentes* e *inter absentes*). Nonostante tale modello sia adattabile e compatibile con il nuovo fenomeno, è necessario un certo sforzo da parte degli interpreti per adattare le categorie tradizionali civil-codicistiche al contratto telematico e per trovare le soluzioni giuridiche che la nuova realtà tecnologica reclama. Ciononostante, è opinione diffusa e condivisa che gran parte dei problemi del contratto virtuale non devono essere risolti con una nuova legislazione speciale ma con una lettura e interpretazione corretta delle norme già presenti nel nostro codice civile.

È infatti evidente che la fonte principale su cui si fonda la disciplina della formazione ed esecuzione del contratto telematico (e non telematico) non possa che essere il codice civile, ed infatti -con un rinvio forse neppure necessario³²-, anche la normativa speciale rimanda espressamente alle norme codicistiche³³. Tuttavia le peculiarità della contrattazione a distanza ed in particolare della contrattazione online attraverso siti *web* hanno messo a dura prova gli operatori del diritto nel momento in cui si è reso necessario ricondurre agli istituti tradizionali queste particolari fattispecie contrattuali, ma le categorie civil-codicistiche tradizionali hanno dimostrato di poter essere adattate alla nuova realtà tecnologica³⁴.

Il primo nodo problematico nell'ambito dello studio dei contratti formati telematicamente è rappresentato proprio dal rapporto tra norme e principi tradizionali contenuti nel codice civile con una realtà economica così diversa e difficilmente immaginabile nel momento in cui tali regole sono state concepite e scritte. Se quindi nascono nuovi tipi contrattuali e nuove categorie, è necessario studiare in che modo le norme generali del contratto si debbano adeguare al fenomeno dell'utilizzo del

³² A.M. BENEDETTI, *L'autonomia privata procedimentale nella formazione del contratto virtuale*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di F. RUSCELLO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 105

³³ D.Lgs 70/2003 con l'art. 13 comma 1: "*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.*"

³⁴ "*Da più parti in dottrina è stata acclamata l'estrema attualità delle disposizioni civil-codicistiche in tema di formazione del contratto, le quali, al di là di ogni ottimistica previsione che potesse essere azzardata nel loro momento genetico, sembrerebbero godere di una vitalità capace di fronteggiare l'esigenza di rinnovamento imposto dall'avvento delle nuove tecnologie*" (F. BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Giuffrè, 2007, p. 381).

computer e di internet come strumento di negoziazione e di formazione dei contratti³⁵; ed in particolare è opportuno analizzare se, in che misura e con quali modalità queste norme possano dare le risposte giuridiche necessarie per regolare il fenomeno.

Da queste pagine si confida possa emergere la permanente adeguatezza delle norme generali e dei principi tradizionali ai fini della regolazione dei contratti telematici ma al tempo stesso si dovrà evidenziare come in molti casi le regole codicistiche necessitino di una parziale reinterpretazione o, quantomeno, di un'analisi specificamente legata ai problemi connessi all'utilizzo dello strumento tecnologico.

Ecco perché il primo obiettivo di questo lavoro è quello di descrivere le modalità concrete con le quali le parti concludono gli accordi attraverso internet e approfondire quali regole siano applicabili ai contratti telematici e in che maniera sia necessario reinterpretare le disposizioni codicistiche. Conseguentemente gran parte del presente studio sarà finalizzato all'approfondimento di come trovino applicazione ai contratti telematici le categorie del diritto civile ed in particolare i procedimenti di formazione descritti dagli artt. 1326, 1327, 1333 del codice civile ma anche l'offerta al pubblico ex art. 1336 c.c. e le regole sul perfezionamento dell'accordo ex art. 1335 c.c., nonché le disposizioni sulla determinazione del tempo e del luogo della formazione del contratto e sull'approvazione delle clausole onerose ex art. 1341 c.c..

2. I contratti telematici tra codice civile e disciplina speciale: quale compatibilità?

Il codice non è ovviamente l'unica normativa in materia ma la disciplina del contratto telematico è integrata da norme specificamente introdotte dai legislatori (italiano ed europeo) per regolare particolari aspetti della fattispecie. La compatibilità tra tali norme e il codice civile rappresenta il secondo nodo problematico della disciplina dei contratti telematici in quanto la disciplina specificamente introdotta per regolare il nuovo fenomeno in molti casi non appare totalmente armonizzata rispetto alle regole civilistiche tradizionali. Ciò in primo luogo per il diverso contesto nell'ambito del quale le nuove norme vengono concepite, ovvero in una società che ha ormai ben presente le caratteristiche dei computer e della realtà virtuale generata da internet, una situazione

³⁵ V. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, Maggioli, 1989, p. 174.

quindi radicalmente diversa rispetto a quella in cui si trovava il legislatore codicistico. Tale problematica è ovviamente aggravata dal fatto che la disciplina speciale trova in gran parte origine in normative di rango europeo e quindi conduce all'applicazione concetti e istituti che non sempre sono noti al nostro ordinamento, oppure che, pur essendo noti vengono dal legislatore europeo disciplinati in materia differente. Si possono richiamare, a titolo di esempio, il concetto di “non vincolatività”³⁶ di alcune clausole contrattuali in mancanza di informativa, oppure la questione della natura giuridica del diritto di recesso del consumatore telematico³⁷.

La legislazione speciale dedicata espressamente alla formazione del contratto telematico ruota fondamentalmente attorno a due testi normativi, ossia il D.Lgs. 70/2003 e il codice del consumo (in particolare gli articoli da 45 a 67).

Il decreto legislativo n. 70 del 9 aprile 2003 rappresenta l'unico³⁸ provvedimento di settore rivolto a “*promuovere la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione, fra i quali il commercio elettronico*”³⁹ applicabile indistintamente a tutti i contratti telematici e quindi sia quelli conclusi dai consumatori sia a quelli tra professionisti⁴⁰ (sebbene in quest'ultimo caso la disciplina sia in parte derogabile per scelta delle parti). Esso è quindi un fondamentale punto di riferimento per lo studio del diritto dei contratti telematici ed ha il merito di avere introdotto o regolato alcuni rilevanti istituti in materia e principalmente gli aspetti relativi all'informativa precontrattuale obbligatoria nei contratti conclusi online ed alla c.d. conferma d'ordine⁴¹.

Gran parte della disciplina di fonte speciale dei contratti telematici è poi contenuta nel codice del consumo (ed in particolare negli articoli 49 e seguenti che riguardano specificamente i c.d. contratti a distanza) ed è riservata ai contratti stipulati dai

³⁶ Analizzato al capitolo 3, paragrafo 5.

³⁷ Si veda il capitolo 9, in particolare il paragrafo 8.

³⁸ D. VALENTINO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 278.

³⁹ Art. 1, comma 1, D.Lgs. 70/2003.

⁴⁰ V. ROPPO, *From consumer contracts to asymmetric contracts: a trend in european contract law?*, su *European Review of Contract Law*, 2009, 3, p. 304.

⁴¹ Il menzionato decreto legislativo è peraltro espressamente richiamato dall'art. 68 del codice del consumo in riferimento a tutti gli aspetti non regolati dal medesimo.

consumatori. Tale normativa è stata oggetto di una significativa riforma⁴² nel 2014 che ha sostanzialmente riscritto gli articoli da 45 a 67 del codice del consumo recependo la direttiva 2011/83/UE⁴³ e riorganizzando gli istituti previsti a tutela del consumatore nella contrattazione online.

Come già accennato, nonostante vi siano ragioni per ritenere meritevole di tutela il soggetto che stipula un contratto attraverso un sito web (contratto telematico in senso stretto) a prescindere dal suo *status* di consumatore, molti degli istituti attualmente previsti risultano applicabili solamente ai rapporti B2C⁴⁴. Ci si riferisce in particolare all'informativa precontrattuale obbligatoria (che come si vedrà è molto più ampia quando il destinatario della proposta è un consumatore), alle formalità richieste per la conclusione del contratto, all'inderogabilità dell'obbligo di conferma d'ordine ed al diritto di recesso.

Nello studio dei contratti telematici non può essere trascurata la disciplina dei documenti informatici e delle firme elettroniche. Essa può apparire connessa maggiormente alla forma del contratto piuttosto che alla formazione, ma in realtà ha una grande rilevanza anche in riferimento alla formazione del contratto telematico. Ciò perché per analizzare i meccanismi di formazione del contratto è necessario attribuire ad un determinato soggetto le dichiarazioni negoziali sulle quali tale contratto si fonda⁴⁵. Nella realtà virtuale lo scambio di dichiarazioni negoziali avviene con strumenti tali da rendere impossibile l'utilizzo di strumenti tradizionali quali le firme autografe o lo scambio di dichiarazioni verbali: sono quindi necessari altri strumenti di sottoscrizione delle dichiarazioni, o comunque di attribuzione di paternità alle stesse (onde avere la

⁴² Decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21, Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE.

⁴³ Direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, Sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

⁴⁴ In riferimento all'opportunità ed alla tendenza di fornire un certo livello di tutela non solo ai consumatori ma anche ad altri soggetti che sono in posizione debole all'interno della relazione si vedano (tra i molti autori che si sono occupati di questi approfondimenti): V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, III edizione, Giappichelli, 2011, in particolare p. 118; E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, p. 278; V. ROPPO, *From consumer contracts to asymmetric contracts: a trend in european contract law?*, su *European Review of Contract Law*, 2009, 3, p. 304..

⁴⁵ V. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, Maggioli, 1989, p. 169.

possibilità di verificare la provenienza di tali dichiarazioni dal loro apparente autore). Per tale ragione prima di analizzare la disciplina della formazione del contratto telematico sarà anche necessario fare un breve quadro sulle c.d. firme informatiche (capitolo 5).

Alle fonti appena citate si affiancano poi le normative di fonte ultranazionale che svolgono un ruolo fondamentale nell'orientare il lavoro sia degli interpreti sia dei legislatori. Ci si riferisce per esempio ai *Principles of European Private Law* (PECL), ma anche ai Principi UNIDROIT e alla convenzione UNCITRAL sull'*e-contracting*⁴⁶.

3. Gli obiettivi del presente lavoro.

Il presente lavoro è finalizzato ad analizzare questi profili allo scopo di fornire una panoramica completa sulla disciplina del contratto stipulato per via telematica con particolare riguardo agli aspetti relativi alla formazione del contratto.

Gran parte delle riflessioni qui sviluppate saranno riconducibili ai due nodi problematici appena descritti. Sia la questione dell'adattamento delle norme tradizionali alla nuova realtà tecnologica, sia quella della compatibilità tra le disposizioni di settore e le regole generali si ripresentano infatti nella maggior parte degli aspetti rilevanti nella disciplina dei contratti telematici.

Nello specifico, la parte II della tesi sarà dedicata all'analisi sistematica della formazione del contratto virtuale e sarà distinta in due sezioni: la prima riguarderà la fase precontrattuale e quindi gli obblighi di informazione e la formazione della volontà negoziale; la seconda sezione riguarderà invece la conclusione del contratto telematico e, premesse alcune definizioni in tema di documento informatico, sarà orientata allo studio dell'applicazione ai contratti telematici dei meccanismi di formazione del contratto individuati dal codice civile.

Successivamente, nella parte III, si affronterà uno degli istituti più caratteristici dei contratti virtuali, ossia il diritto di recesso del consumatore e, dopo averne descritta la

⁴⁶ Si veda in proposito BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Giuffrè, 2007, p. 351 e poi, più approfonditamente p. 495 sui PECL, 544, sui Principi UNIDROIT e p. 592 sulla Convenzione UNCITRAL sull'*e-contracting*.

disciplina se ne indagherà la natura giuridica e si ipotizzerà anche il rischio di applicazioni abusive di tale istituto.

Infine, l'ultima parte della tesi sarà dedicata ad un approfondimento sul ruolo dell'autonomia privata procedimentale nei contratti telematici ed all'analisi di come l'autonomia delle parti nella pratica definisca i meccanismi di formazione del contratto. In tale contesto saranno oggetto di analisi anche i limiti al potere delle parti di incidere sul procedimento di conclusione del contratto, nonché le conseguenze del mancato rispetto degli schemi procedimentali predisposti unilateralmente.

- Parte II -
LA FORMAZIONE.

Sezione I: La fase precontrattuale.

*

CAPITOLO 3:
GLI OBBLIGHI INFORMATIVI.

1. Le ragioni dell'informativa precontrattuale. 2. Gli obblighi informativi nel D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70. 3. L'informativa obbligatoria nel Codice del Consumo: contenuto. 4. Segue. E modalità. 5. Le conseguenze dell'inosservanza. 6. La difformità tra informativa e contratto: la contrattualizzazione dell'informativa precontrattuale. 7. Un possibile paradosso: troppe informazioni equivale a nessuna informazione?

1. Le ragioni dell'informativa precontrattuale.

Sebbene, come anticipato, la materia delle informazioni precontrattuali nei contratti a distanza sia oggetto di una disciplina di fonte speciale molto dettagliata, anche in questo ambito la riflessione non può che partire dalla norma codicistica. Infatti, nonostante lo scambio online di beni e servizi rappresenti una realtà ben lontana da quella immaginata nel codice civile, quest'ultimo rappresenta il riferimento principale in ogni ambito contrattuale e quindi anche il punto di partenza di ogni riflessione in materia⁴⁷. L'articolo 1337, nell'indicare che *le parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto devono comportarsi secondo buona fede* fissa un vero e proprio dovere di buona fede (oggettiva) e correttezza da cui deriva in primo luogo⁴⁸ l'obbligo di fornire alla controparte le informazioni necessarie a prendere una decisione

⁴⁷ Come acutamente osservato da G. DORE, *I doveri di informazione nella rete degli scambi telematici*, in *Giur. Merito*, 2013, 12, p. 2569B.

⁴⁸ Ma non solo, essendo il contenuto dell'obbligo di cui all'art. 1337 c.c. ben più ampio e articolato. Oltre all'art. 1337 c.c. che viene sovente richiamato come fonte principale degli obblighi informativi in generale (come applicazione dell'obbligo di buona fede, vi sono altre regole che possono essere menzionate: gli artt. 1338, 1428, 1439 e 1440, come evidenziato da V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, su *Riv. Dir. Priv.*, 2004, p. 747.

consapevole in merito alla conclusione del contratto. Tale obbligo non è ulteriormente definito e specificato nel codice civile e rappresenta quindi un concetto elastico che permette all'interprete di adattarlo alle specifiche caratteristiche del caso concreto: è evidente che non ogni reticenza fra le parti è illecita ma non si deve neanche limitare eccessivamente la portata della norma (per esempio riferendola esclusivamente agli elementi capaci di incidere sulla validità o sull'efficacia del contratto⁴⁹). Dalla duttilità dell'obbligo di informazione discende, evidentemente, che esso si espanda laddove la sua utilità è maggiormente avvertita, ovvero in presenza di c.d. asimmetrie informative. Si è già accennato che il commercio elettronico è un settore nel quale gli squilibri informativi sono estremamente marcati e riguardano ogni aspetto ed elemento del contratto: l'utente⁵⁰ ha la possibilità di concludere il contratto in pochi secondi e spesso non conosce la propria controparte contrattuale (se non attraverso il sito da questa predisposta), non ha la possibilità vedere e testare il bene che intende acquistare (se non, di nuovo, attraverso le immagini e le descrizioni messe a disposizione sul sito), non può fare domande o assumere direttamente informazioni presso il negoziante, non conosce neppure le modalità di conclusione del contratto (che variano da sito a sito), non è informato sulle reciproche prestazioni oggetto del contratto, sulla durata dello stesso, e su molteplici altri aspetti di volta in volta rilevanti.

Il principio di buona fede ex art. 1337 c.c., proprio alla luce della sua caratteristica di clausola generale sarebbe quindi forse già di per sé idoneo a onerare il prestatore di fornire tutte le necessarie informazioni all'utente⁵¹; ciononostante il legislatore⁵², al fine di offrire una maggiore tutela all'utente di internet ha introdotto apposite disposizioni contenenti dettagliati elenchi per precisare quali informazioni debbano essere fornite.

⁴⁹ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, 2011, pp. 167 e ss..

⁵⁰ Professionista o consumatore che sia.

⁵¹ G. DORE, *I doveri di informazione nella rete degli scambi telematici*, in *Giur. Merito*, 2013, 12, p. 2569B.

⁵² Qui il riferimento è complessivamente ai legislatori italiano ed europeo.

2. Obblighi informativi nel D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70.

Le fonti normative, come già visto, si differenziano tra il D.lgs 70/2003, applicabile alle attività economiche svolte online⁵³ a prescindere dalle qualità soggettive dei contraenti (salva la possibilità di deroga quando ambo le parti sono professionisti⁵⁴), e il codice del consumo che invece impone obblighi più stringenti ma limitati ai servizi offerti da professionisti a consumatori (c.d. B2C)⁵⁵.

Nello specifico ambito degli obblighi informativi nel commercio elettronico la distinzione è però forse meno rilevante rispetto a quanto possa apparire: è pur vero che le informazioni che devono essere obbligatoriamente fornite al professionista sono minori rispetto a quelle di cui beneficia il consumatore; ciononostante nella maggior parte dei casi il prestatore offre beni o servizi attraverso siti online destinati alla generalità degli utenti e quindi allo stesso tempo ai professionisti e ai consumatori. Egli sarà quindi tenuto a mettere a disposizione degli utenti l'intero complesso delle informazioni obbligatorie del codice del consumo e di queste beneficeranno evidentemente tutti i soggetti che accederanno al sito o entreranno in contatto con il prestatore, siano essi consumatori o professionisti.

Venendo al contenuto specifico degli obblighi informativi di cui al D.lgs. 70/2003 troviamo: gli elementi necessari all'identificazione del prestatore, quali il nome o la ragione sociale, il domicilio e le informazioni di contatto⁵⁶; alcuni elementi del contratto

⁵³ L'art. 2 del D.lgs. 70/2003 definisce "servizi della società dell'informazione" le attività economiche svolte in linea -on line- (nonché i servizi definiti dall'articolo 1, comma 1, lettera b), della legge 21 giugno 1986, n. 317, e successive modificazioni).

⁵⁴ L'art. 12 D.Lgs. 70/2003 nell'elencare gli obblighi informativi contiene l'inciso "salvo diverso accordo tra parti che non siano consumatori".

⁵⁵ È importante notare che il D.Lgs 70/2003 (attuativo della direttiva 2000/31/CE) rappresenta un esempio di normativa prevista a tutela della parte debole (nel contratto asimmetrico) a prescindere dal suo status di consumatore. È pur vero che la norma in commento stabilisce una tutela maggiore per il cliente consumatore ma prevede allo stesso tempo notevoli forme di protezione anche per il cliente non consumatore. Si veda in proposito V. ROPPO, *From consumer contracts to asymmetric contracts: a trend in european contract law?*, su *European Review of Contract Law*, 2009, 3, p. 304: "It is true that the Directive contains some provisions - Article 10.2 and 11.1-2- which are devoted not to service recipients in general, but to those recipients only having the characteristics of consumers. However, these are effectively secondary provisions that do not play a central role within the regulation, as limited to establishing that some rules relating to the parties' rights and duties can be contracted out if the recipient is not a consumer, while they are mandatory if he is a consumer. Apart from this, the material part of the contract regulation applies for the protection of all consumers - therefore to B2B contracts too - and not only to B2C contracts with consumer customers."

⁵⁶ D.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, art. 7, comma 1, lettere da a) a g):

a) il nome, la denominazione o la ragione sociale;

che verrà concluso, come l'indicazione dei prezzi e delle tariffe, nonché delle attività consentite al destinatario del servizio⁵⁷; le fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto⁵⁸; il modo in cui il contratto sarà archiviato e le relative modalità di accesso⁵⁹; alcuni rimedi previsti per il destinatario del servizio quali i mezzi tecnici per correggere eventuali errori di inserimento prima che l'ordine sia inoltrato e gli strumenti di composizione delle controversie⁶⁰; gli eventuali codici di condotta⁶¹; le lingue a disposizione per concludere il contratto⁶².

L'articolo 12 D.Lgs. 70/2003 prevede poi l'esclusione degli obblighi informativi per i contratti conclusi mediante mero scambio di messaggi di posta elettronica (o con comunicazioni individuali equivalenti). Tale disposizione va a limitare la portata degli obblighi informativi ai soli contratti conclusi online tramite sito internet e mediante offerta al pubblico in assenza (tendenzialmente) di trattativa tra le parti.

Il terzo comma dell'art. 12 D.Lgs. 70/2003 stabilisce che le clausole e le condizioni generali del contratto devono essere messe a disposizione del destinatario dell'offerta con modalità tali da consentirne la memorizzazione e la riproduzione. L'obbligo informativo viene quindi soddisfatto dalla mera documentazione delle informazioni

b) il domicilio o la sede legale;

c) gli estremi che permettono di contattare rapidamente il prestatore e di comunicare direttamente ed efficacemente con lo stesso, compreso l'indirizzo di posta elettronica;

d) il numero di iscrizione al repertorio delle attività economiche, REA, o al registro delle imprese;

e) gli elementi di individuazione nonché gli estremi della competente autorità di vigilanza qualora un'attività sia soggetta a concessione, licenza od autorizzazione;

f) per quanto riguarda le professioni regolamentate:

1) l'ordine professionale o istituzione analoga, presso cui il prestatore sia iscritto e il numero di iscrizione;

2) il titolo professionale e lo Stato membro in cui è stato rilasciato;

3) il riferimento alle norme professionali e agli eventuali codici di condotta vigenti nello Stato membro di stabilimento e le modalità di consultazione dei medesimi;

g) il numero della partita IVA o altro numero di identificazione considerato equivalente nello Stato membro, qualora il prestatore eserciti un'attività soggetta ad imposta;

⁵⁷ D.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, art. 7, comma 1, lettere h) e i):

h) l'indicazione in modo chiaro ed inequivocabile dei prezzi e delle tariffe dei diversi servizi della società dell'informazione forniti, evidenziando se comprendono le imposte, i costi di consegna ed altri elementi aggiuntivi da specificare;

i) l'indicazione delle attività consentite al consumatore e al destinatario del servizio e gli estremi del contratto qualora un'attività sia soggetta ad autorizzazione o l'oggetto della prestazione sia fornito sulla base di un contratto di licenza d'uso.

⁵⁸ D.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, art. 12, comma 1, lettera a).

⁵⁹ D.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, art. 12, comma 1, lettera b).

⁶⁰ D.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, art. 12, comma 1, lettere c) e f).

⁶¹ D.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, art. 12, comma 1, lettera d).

⁶² D.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, art. 12, comma 1, lettera e).

obbligatorie senza che venga vincolata la forma dell'intero contratto. Non è quindi imposto un obbligo di forma informativa ma si ricorre all'obbligo di documentazione dell'informazione⁶³.

3. L'informativa obbligatoria nel Codice del Consumo: contenuto.

L'obbligo informativo appena descritto vanta già un certo livello di dettaglio ma, quando destinatario dell'offerta online è un consumatore, esso viene ulteriormente esteso ad opera della disciplina prevista dal codice del consumo in materia di contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali. L'articolo 49 di detta normativa⁶⁴ contiene un lungo elenco -dalla lettera a) alla lettera v)- contenente le informazioni che devono essere obbligatoriamente fornite dal professionista al consumatore prima che quest'ultimo sia vincolato dal contratto. Tale norma non va a sostituire gli obblighi informativi di cui al D.Lgs. 70/2003 ma vi si affianca ed aggiunge, come precisato dal comma 8 dell'articolo in commento⁶⁵.

Gli obblighi informativi previsti dal codice del consumo possono essere così riassunti⁶⁶: le caratteristiche principali del bene o servizio offerto; i dati relativi al professionista⁶⁷; il prezzo totale dei beni o dei servizi⁶⁸; le modalità e i tempi per il pagamento, la consegna e l'esecuzione; tutte le informazioni relative al diritto di recesso ex art 54

⁶³ E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Contratto e impresa*, 2014, p. 1264.

⁶⁴ Modificato ed ampliato per effetto del D.Lgs. 21 del 2014 in conseguenza della direttiva 2011/83/UE.

⁶⁵ Ne consegue che, per i contratti B2B, la disciplina sul commercio elettronico di cui al D.Lgs 70/2003 resta l'unico riferimento legislativo di settore (peraltro derogabile); diversamente la regolamentazione dei contratti B2C si arricchisce delle novellate disposizioni di matrice europea che si combinano, in prospettiva sistematica, con quelle del D.Lgs. 70/2003, prevalendo su di esse se contrastanti (G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 287).

⁶⁶ Il presente elenco rappresenta una sintesi e rielaborazione del contenuto dell'art. 49 Cod. Cons., lett. da a) a v) con l'unica omissione della lettera f) (*il costo dell'utilizzo del mezzo di comunicazione a distanza per la conclusione del contratto quando tale costo è calcolato su una base diversa dalla tariffa base*) in quanto si ritiene un dato non rilevante in materia di contratti conclusi tramite internet ove non è possibile applicare tariffe differenti (diversamente avviene per altri contratti a distanza quali, per esempio, i contratti conclusi via telefono attraverso numeri speciali a pagamento).

⁶⁷ Tali dati (lett. B), c) e d)) sono qui più approfonditi rispetto a quelli richiesti dall'art 12 del D.Lgs. 70/2003.

⁶⁸ Anche questo elemento è presente anche nel D.Lgs. 70/2003 ma qui viene dettagliato in maniera più ampia comprendendo, tra le altre cose i costi di consegna e le eventuali spese aggiuntive.

Cod.Cons. ed al suo esercizio, ovvero al fatto che il diritto di recesso sia escluso per qualche ragione⁶⁹; l'esistenza delle altre tutele esistenti e quindi: un promemoria sulla garanzia legale di conformità e le informazioni relative alle condizioni di assistenza postvendita, ai servizi postvendita, e alle garanzie commerciali; l'esistenza di codici di condotta; la durata del contratto, l'esistenza di un rinnovo automatico e le condizioni per il recesso, nonché l'eventuale durata minima del contratto; l'esistenza e le condizioni di depositi o altre garanzie finanziarie che il consumatore è tenuto a pagare o fornire; se il contratto riguarda un contenuto digitale devono anche essere fornite informazioni sulla funzionalità, sulle misure tecniche, sull'interoperabilità tra hardware e *software*; infine, le informazioni circa il trattamento dei reclami da parte del professionista, la possibilità di servirsi di un meccanismo extragiudiziale di reclamo e ricorso cui il professionista è soggetto e le relative condizioni.

4. Segue. E modalità.

Definito il contenuto di tali obblighi è opportuno indagare quale rilevanza ne derivi ed esaminare gli strumenti che il legislatore ha individuato per rendere effettivi i doveri posti a carico del professionista. In primo luogo l'ultimo comma dell'art 49 Cod.Cons. pone a carico del professionista l'onere della prova relativo agli obblighi di informazione; sarà quindi questo a dovere dimostrare (in caso di controversia) di avere fornito tutte le informazioni obbligatorie al consumatore⁷⁰.

Quanto alle modalità con le quali deve essere fornita l'informativa, il codice del consumo precisa (art. 51, comma 1) che il professionista debba fornirla in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato e in un linguaggio semplice e comprensibile; inoltre, nella misura in cui le informazioni sono presentate su un supporto durevole, devono essere leggibili. Il legislatore lascia quindi al

⁶⁹ Lo stesso art. 49 Cod. Cons. al comma 4 precisa che “*Le informazioni di cui al comma 1, lettere h), i), e l), (quelle relative al diritto di recesso, ndr) possono essere fornite mediante le istruzioni tipo sul recesso di cui all'allegato I, parte A.*”.

⁷⁰ La norma è di rilevante applicazione: si pensi per esempio al consumatore che lamenti la mancata informazione relativa al diritto di recesso (da cui deriva l'estensione di 12 mesi del termine per l'esercizio del recesso), in tal caso il professionista convenuto per l'accertamento dell'esistenza del diritto di recesso oltre 14 giorni dalla consegna dovrà dimostrare di avere fornito adeguata informativa al consumatore.

professionista la libertà di scegliere se utilizzare o meno un supporto durevole⁷¹ ma tale discrezionalità è poi compensata dall'art. 51, comma settimo, Cod.Cons. che regola la conferma che il professionista deve inviare al consumatore dopo la conclusione del contratto: se l'informativa precontrattuale non è stata fornita su un supporto durevole la conferma (fornita, questa sì, su supporto durevole) dovrà contenere tutti gli elementi dell'informativa di cui all'art. 49, primo comma⁷².

L'art. 51, comma secondo, Cod.Cons. contiene poi alcune norme espressamente dedicate ai contratti conclusi con mezzi elettronici; e quindi applicabili specificamente ai contratti telematici e non al complesso dei contratti a distanza. Se il contratto telematico impone al consumatore l'obbligo di pagare, il professionista deve comunicare in modo chiaro ed evidente alcune informazioni quali, in sintesi, le caratteristiche del bene, il prezzo, la durata del contratto ed eventuali rinnovi automatici o vincoli minimi di durata⁷³. Inoltre il professionista deve garantire che il consumatore riconosca espressamente l'obbligo di pagare (il contenuto della norma è molto specifico: se l'inoltro dell'ordine implica la pressione di un pulsante⁷⁴ esso deve riportare in modo leggibile le parole "ordine con obbligo di pagare" o una formulazione corrispondente). Se quanto stabilito dal comma in analisi non viene rispettato, il consumatore non è vincolato⁷⁵ dal contratto⁷⁶.

Inoltre i siti di commercio elettronico devono indicare in modo chiaro e leggibile, al più tardi all'inizio del processo di ordinazione, l'esistenza di restrizioni relative alla consegna, nonché quali modalità di pagamento sono accettate⁷⁷.

⁷¹ Per supporto (o mezzo) durevole si intende uno strumento che permette al destinatario una facile memorizzazione della comunicazione e quindi, per esempio, un cd, un dvd, una penna usb o, più semplicemente, una *email*.

⁷² E. BATTELLI, *La nuova disciplina degli obblighi informativi nei contratti con i consumatori*, in *Giur. It*, 2014, 11.

⁷³ Precisamente le informazioni di cui all'art. 49, comma 1, lettere a), e) q) ed r).

⁷⁴ Il c.d. tasto negoziale virtuale di cui si dirà *infra sub* capitolo 7, paragrafo 3.

⁷⁵ Sul concetto di "non vincolatività" si veda *infra*.

⁷⁶ Nella prassi applicativa osservabile a distanza di tre anni dall'entrata in vigore della norma l'impressione è che tale dicitura sia raramente presente. La ragione forse è da ricercare nel fatto che il professionista non ha spesso interesse ad agire nei confronti del consumatore per il pagamento del prezzo non avendo ancora spedito il bene. La scelta degli operatori appare più spesso quella di attendere il pagamento da parte del consumatore e solo successivamente procedere con la spedizione del bene acquistato.

⁷⁷ Art. 51, comma 3, Cod.Cons.

Infine, se il contratto è concluso mediante un mezzo di comunicazione a distanza che consente uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni⁷⁸ il professionista è tenuto a fornire su quel mezzo solo alcune informazioni considerate essenziali (ossia quelle di cui alle lettere a), b), e), h) e q) del primo comma dell'art. 49⁷⁹) e a mettere a disposizione in modo appropriato le altre informazioni di cui all'art. 49, comma 1, Cod.Cons..

Ovviamente si sono appena descritti gli obblighi informativi generali riferiti a tutti i contratti telematici (definiti “a distanza” nel codice del consumo) ma per particolari tipologie di contratti sono notoriamente previsti obblighi ulteriori e più specifici sui quali non si ritiene di soffermarsi in queste righe. Il riferimento è, esemplificativamente, ai contratti bancari, a quelli relativi ai servizi finanziari ed assicurativi, o alla vendita di pacchetti turistici⁸⁰.

5. Le conseguenze dell'inosservanza.

L'art. 21 del D.lgs. 70/2003 punisce la violazione degli obblighi informativi gravanti sul prestatore (salvo che il fatto non costituisca reato) con una sanzione amministrativa pecuniaria compresa tra Euro 103 e 10.000 (con possibilità di raddoppio in caso di particolare gravità o di recidiva). Tralasciando ogni considerazione in relazione alla reale efficacia dissuasiva della norma, si rileva che la normativa speciale non contiene alcuna disposizione sulle conseguenze privatistiche di tale violazione⁸¹. La soluzione deve quindi essere ricercata nella disciplina contrattualistica generale.

⁷⁸ Si ritiene che tra questi tra questi siano ricompresi: “*gli apparecchi di telefonia mobile e la televisione che per le loro caratteristiche presentano dei limiti tecnici intrinseci quali la limitazione del numero di caratteri su taluni schermi dei telefoni o il limite di tempo per gli spot televisivi o nel corso delle televendite*” (A. GAMBINO e G. NAVA, *I nuovi diritti dei consumatori: commentario al d. lgs. 21/2014*, Giappichelli, 2014, p. 104).

⁷⁹ Ossia: le caratteristiche principali dei beni o servizi, l'identità del professionista, il prezzo totale, il diritto di recesso, la durata del contratto, e nel caso di contratti a tempi indeterminato, le condizioni di risoluzione.

⁸⁰ In materia bancaria e finanziaria gli obblighi sono definiti dal TUB (Decreto Legislativo 1° settembre 1993, n. 385) e dal TUF (Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58), oltre che dal codice del consumo); i pacchetti turistici sono regolati dal Codice del turismo (Decreto Legislativo 123 maggio 2011, n. 79); mentre per le assicurazioni la normativa di riferimento è contenuta nel Codice delle assicurazioni private (Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n. 209).

⁸¹ La mancanza di una specifica sanzione per la violazione degli obblighi informativi era già stata rilevata a proposito della direttiva 97/7/CE del 20 maggio 1997 sui contratti a distanza da V. ROPPO,

Soccorre l'art. 1337 c.c. in materia di buona fede contrattuale con le relative conseguenze sul piano risarcitorio a titolo di responsabilità precontrattuale. Sono poi altresì valutabili rimedi ablativi quali la nullità virtuale o l'annullamento per vizio di volontà⁸². Il rimedio della nullità sembra da escludere alla luce degli insegnamenti della Corte di Cassazione in materia di violazione degli obblighi informativi nell'ambito dei servizi finanziari: le Sezioni Unite con la sentenza del 19 dicembre 2007 n. 26724 hanno distinto nettamente tra regole di condotta (che comprendono gli obblighi informativi) e regole di validità stabilendo che solo queste sono idonee, in caso di violazione, a determinare la nullità virtuale del contratto ex art. 1419, primo comma c.c.⁸³. È invece ipotizzabile, per i casi più gravi, la possibilità che la violazione degli obblighi informativi determini l'annullabilità del contratto per dolo⁸⁴.

Il codice del consumo, oltre a prevedere che gli obblighi informativi costituiscono parte integrante del contratto⁸⁵ e non possono essere modificati unilateralmente, introduce specifiche conseguenze per il caso di violazione di alcuni obblighi informativi⁸⁶:

L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo, su *Riv. Dir. Priv.*, 2004, p. 747.

⁸² L. DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali*, Giuffrè, 2008, p. 133.

⁸³ Si vedano in proposito, Cass. Civ., 29 settembre 2005, n. 19024, pubblicata su *Danno e Resp.*, 2006, 1, 25, con nota di V. ROPPO e G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*; nonché Cass. 19 dicembre 2007, n. 26724, pubbl. su *Danno resp.*, 2008, 5, 536, con nota di V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*; nonché G. BERRINO, *La nullità virtuale*, in *Il diritto Privato delle Sezioni Unite*, a cura di A.M. BENEDETTI, Vol. 1, *Contratto e responsabilità*, LaTribuna, 2015.

⁸⁴ F. AZZARRI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, in *Contratti*, 2010, 3, p. 301: "In linea di massima, anche in considerazione della diversità di piani su cui si muovono i contraenti, la dottrina suggerisce che la violazione grave degli obblighi informativi, tale cioè da dar luogo a reticenze idonee ad ingannare la controparte su aspetti oggettivamente centrali dell'affare, possa essere sanzionata con l'annullabilità per dolo, riservando quindi il rimedio risarcitorio solo alle inosservanze meno gravi. L'idea è condivisibile, anche se non sembra possibile richiamarla nel nostro caso, giacché non ci pare che le informazioni oggetto dell' art. 12 d.lgs. n. 70 del 2003, a differenza di quelle contemplate all'art. 52 cod. consumo, abbiano un carattere così decisivo."

⁸⁵ A tal proposito si rinvia al successivo capitolo sulla contrattualizzazione dell'informativa precontrattuale.

⁸⁶ C. GRANELLI ("Diritti dei consumatori" e tutele nella recente novella del codice del consumo, in *Contratti*, 2015, 1, p. 59) individua e cataloga quattro profili di tutela in favore del consumatore con riguardo agli obblighi informativi: il fatto che le informazioni precontrattuali obbligatorie (ex art. 49, comma 1, cod. cons.) dal professionista rese al consumatore in fase precontrattuale "formano parte integrante del contratto"; il fatto che qualora il professionista non avesse adempiuto correttamente all'obbligo precontrattuale (ex art. 49, comma 1 lett. e ed i, cod. cons.) di informare il consumatore in ordine alle spese aggiuntive di spedizione, consegna o postale, così come in ordine ad ogni altro costo destinato a gravare sul consumatore stesso, e/o in ordine ai costi di restituzione dei beni quest'ultimo "non deve sostenere tali spese o costi aggiuntivi"; lo spostamento (fino a 12 mesi dopo la consegna) del *dies a quo* del recesso in caso di mancata o carente informazione; il fatto che qualora il professionista non

- In caso di inadempimento degli obblighi informativi inerenti alle spese aggiuntive o agli altri costi di cui alla lett. e) del primo comma dell'art. 49 Cod.Cons. o sui costi di restituzione dei beni di cui alla lettera i), il consumatore non deve sostenere tali spese o costi (art. 49, comma 6, Cod.Cons.).
- In caso di inadempimento all'obbligo informativo inerente le lettere a), e) , q) ed r) dell'art 49, comma primo Cod.Cons., nonché in caso di mancanza dell'espressa indicazione dell'obbligo di pagare (mediante l'utilizzo del pulsante "ordine con obbligo di pagare"), il consumatore non è vincolato dal contratto.
- In caso di inadempimento dell'informativa sul diritto di recesso il periodo di recesso termina dodici mesi dopo la fine del periodo di recesso iniziale (o in caso di informativa tardiva dopo 14 giorni da tale informativa) ed inoltre il consumatore non risponde dell'eventuale manipolazione diversa da quella necessaria per valutare le caratteristiche del bene.

Il rimedio della "non vincolatività" è stato introdotto dal legislatore europeo (e recepito nel codice del consumo) per rimediare a fenomeni fraudolenti quali le *internet cost traps*⁸⁷. Trattandosi di un termine alieno al diritto civile italiano⁸⁸ è stato necessario trovarne una traduzione normativa e la dottrina la ha individuata nell'irrelevanza degli atti di formazione del contratto. Se non sono rispettate le tappe procedurali volute dal legislatore gli atti non sono idonei a perfezionare il contratto, nemmeno ai fini della dichiarazione di nullità⁸⁹. Non si può parlare di invalidità (nullità) perché nessun

avesse adempiuto correttamente all'obbligo precontrattuale (ex art. 49, comma 1 lett. h, cod. cons.) di informare il consumatore in ordine a condizioni, termini e modalità di esercizio del *diritto di recesso* quest'ultimo è eccezionalmente esonerato dal rispondere dell'eventuale diminuzione di valore del bene, conseguente ad una sua manipolazione diversa ed ulteriore rispetto a quella necessaria per verificarne natura, caratteristiche e funzionamento.

⁸⁷ Trappole di costo o costi occulti, ossia quei raggiri –più o meno sofisticati- operati da operatori scorretti al fine di commercializzare prodotti o servizi presentandoli come gratuiti e svelandone l'onerosità solo dopo la conclusione del contratto (G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 289).

⁸⁸ In alcuni Stati Membri la direttiva è stata recepita utilizzando una terminologia conforme al relativo ordinamento giuridico mentre il legislatore italiano (come in altri paesi dell'Unione) si è limitato a riprodurre il termine utilizzato nella direttiva lasciando agli interpreti l'onere di ricondurre tale disposizione ad una categoria nota al nostro ordinamento (M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016, p. 280).

⁸⁹ "In realtà, valorizzando la formula legislativa, se le tappe procedurali disegnate dal legislatore non sono state rispettate, gli atti non sono idonei a perfezionare il contratto e, dunque, non sorge il vincolo contrattuale, nemmeno ai soli fini di una dichiarazione di nullità. Senza i passaggi formali identificati dal legislatore, non c'è accordo contrattuale, perché il procedimento di formazione delineato dal legislatore

contratto si conclude in quanto l'accettazione -mediante click- da parte del consumatore ingannato equivale ad una "non richiesta", ad un comportamento negoziale non tenuto. Deve quindi escludersi la nullità per mancanza di accordo e bisogna equiparare la fattispecie al contratto non concluso; e quindi inesistente⁹⁰. Secondo un altro orientamento, invece, la non vincolatività deve essere collegata alla categoria della nullità di protezione virtuale, ovvero una nullità il cui carattere protettivo non viene esplicitato dalla norma ma deve essere desunto dalla *ratio* della previsione legislativa⁹¹. A tali conseguenze si affiancano, in caso di violazioni per le quali la norma non prevede direttamente il rimedio della "non vincolatività", i tradizionali rimedi codicistici di cui si è già brevemente trattato e quindi, principalmente, il risarcimento per responsabilità precontrattuale e l'annullamento per dolo o per errore.

La violazione degli obblighi informativi può poi configurarsi anche in termini di pratica commerciale scorretta da valutare in base ad un attento esame del caso concreto e in applicazione delle norme consumeristiche. Oltre alle conseguenze sanzionatorie (organi competenti in materia sono l'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato e il giudice amministrativo⁹²) l'adozione di una pratica commerciale ingannevole da parte del professionista può avere effetti anche sul piano privatistico. Il mancato rispetto degli obblighi informativi, infatti, è rilevante nel giudizio di abusività della clausola contenuta nel contratto e quindi, sebbene tale violazione non sia idonea *ex se* a determinare la nullità relativa della stessa essa può svolgere un ruolo di rilievo nell'ambito di tale valutazione⁹³.

*non è stato rispettato o portato a compimento; dunque, una volta tanto, l'indifferenza del legislatore europeo nei confronti delle categorie giuridiche torna utile per costruirne una nuova: l'irrilevanza procedimentale di atti che, in quanto non corrispondenti a schemi tipizzati in funzione protettiva, non sono idonei a produrre l'effetto verso cui tendono (la conclusione del contratto). Una categoria che può far riconsiderare sotto nuova luce il problema della formazione dei contratti asimmetrici." (A.M. BENEDETTI, *Il contratto non si conclude per telefono: paradossi dell'asimmetria procedimentale*, in *Contratti*, 2017, 3, p. 343).*

⁹⁰ G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 290.

⁹¹ M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016, p. 280.

⁹² G. DORE, *I doveri di informazione nella rete degli scambi telematici*, in *Giur. Merito*, 2013, 12, p. 2569B.

⁹³ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 15 marzo 2012 nella causa C-453/10: "Per quanto riguarda l'incidenza di siffatta constatazione sulla valutazione del carattere abusivo delle clausole di detto contratto, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 93/13, occorre rilevare che tale disposizione definisce, impiegando una formulazione particolarmente estesa, i criteri che permettono di

6. La difformità tra informativa e contratto: la contrattualizzazione dell'informativa precontrattuale.

Il professionista, dopo la conclusione del contratto, è onerato (ex art. 53, comma settimo, Cod.Cons., nonché ex art 13 D.Lgs. 70/2003) di inviare alla controparte contrattuale una conferma del contratto concluso⁹⁴ la quale deve comprendere anche tutte le informazioni di cui all'art. 49 Cod.Cons., a meno che non siano state previamente fornite su un supporto durevole.

Quid iuris se il contenuto le clausole ivi riportate sono difformi dalle informazioni precontrattuali fornite dal prestatore?

Bisogna innanzitutto distinguere il caso in cui le clausole difformi vengano trasmesse prima della conclusione del contratto da quello in cui tali clausole siano comunicate alla controparte solo dopo il perfezionamento dell'accordo: nel primo caso le clausole difformi valgono a modificare il contenuto dell'atto prenegoziale di pertinenza del fornitore, ovvero la sua proposta, e quindi sono idonee ad incidere sul contenuto del regolamento contrattuale; viceversa se la consegna del documento segue la conclusione del contratto le clausole difformi ivi contenute rimangono estranee all'accordo.⁹⁵

Tale interpretazione era già presente in dottrina prima della riforma del 2014 e veniva definita come “contrattualizzazione dell'informazione prenegoziale”: essa derivava dalla lettura combinata dell'art. 1339 c.c.⁹⁶ con l'obbligo inderogabile di trasferire all'interno del contratto le informazioni veicolate in precedenza. Di conseguenza il meccanismo sostitutivo dell'art. 1339 c.c. assicura la prevalenza dell'informativa precontrattuale rispetto al testo difforme inviato successivamente⁹⁷. In tal modo,

svolgere tale valutazione, ricomprendendovi espressamente «tutte le circostanze» che accompagnano la conclusione del contratto in questione.”. C. LEONE, Transparency revisited - on the role of information in the recent case-law of the CJEU, su European Review of Contract Law, 2014, 2, p. 312.

⁹⁴ Sulla disciplina e sulla natura della conferma d'ordine si veda *infra*.

⁹⁵ D. LAMANNA DI SALVO, *La tutela del consumatore nell'ordinamento italiano tra strumenti privatistici e pubblicistici*, in *Giur. merito*, 2013, 12, p. 2658B.

⁹⁶ Art. 1339 c.c.: “Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge o da norme corporative sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti.”.

⁹⁷ F. RENDE, *Nuove tecniche di condizionamento delle scelte di consumo e rimedi conformativi del regolamento contrattuale*, in *contratti*, 2012, 8, p. 735.

peraltro, si esonera il consumatore da controllare che il testo contrattuale predisposto sia effettivamente conforme a quanto precedentemente indicato o pubblicizzato.

Con la riforma del codice del consumo operata dal D.Lgs. 21/2014 è stata introdotta una disposizione di indubbio rilievo: l'art. 49 Cod.Cons., dopo avere definito il contenuto dell'obbligo informativo, precisa, al comma quinto, che le informazioni precontrattuali *“formano parte integrante del contratto a distanza o del contratto negoziato fuori dai locali commerciali e non possono essere modificate se non con accordo espresso delle parti”*.

La *ratio* della norma è chiara e mira ad evitare comportamenti poco trasparenti da parte del professionista perché vincola il contenuto del contratto a quanto oggetto di informativa. Il legislatore ha quindi confermato il principio della “contrattualizzazione dell'informativa prenegoziale” nei contratti telematici⁹⁸.

7. Un possibile paradosso: troppe informazioni equivale a nessuna informazione?

Per chiudere il ragionamento in merito agli obblighi informativi si propone un'ultima riflessione riguardante la reale efficacia di tali informazioni. Si è visto che la normativa impone lunghi elenchi di informazioni che il professionista deve fornire al consumatore (ben ventidue punti⁹⁹ nel primo comma dell'art. 49 Cod.Cons.). Il rischio però è che in questo modo quelle informazioni davvero rilevanti e decisive finiscano per essere diluite in mezzo a molte altre informazioni –comunque utili ma- meno rilevanti. Con la conseguenza che in moltissimi casi l'utente procede alla stipula del contratto tramite

⁹⁸ S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del D.Lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *Contratti*, 2014, 8-9, p. 796, osserva che *“con un modus operandi dimensionato come se si avesse un art. 1339 c.c., parrebbe qui assistersi al formalizzarsi di una species - comunitaria - di integrazione automatica dell'informazione precontrattuale, nella veste cartacea od elettronica degli artt. 50 e 51, col qualificativo ad indicare un'integrazione operante anche in assenza e non solo in sostituzione delle clausole difformi.”* In senso maggiormente dubitativo si veda: A. ADDANTE, *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, serie diretta da F. Galgano, Cedam, 2016, p. 12: *“l'idea di una pre-costituzione cogente del contratto non è tuttavia unanimemente condivisa, proprio alla luce di quanto emerge dal secondo inciso del medesimo art. 49 comma 5, che evidenzia la possibilità per le parti di addivenire a contenuti difformi purché concordati espressamente”*.

⁹⁹ Lettere da a) a v).

sito internet senza neppure leggere le informazioni che pure gli sono messe a disposizione¹⁰⁰.

È evidente che le informazioni fornite ottengano un effetto utile solo se il destinatario è in grado di comprendere la materia e non è travolto da una quantità eccessiva di elementi. Infatti è stato osservato che il miglior modo per disinformare è proprio quello di investire il contraente con troppe informazioni¹⁰¹.

Proprio per questa ragione il legislatore ha introdotto, con particolare riferimento al commercio elettronico, una sorta di gerarchia tra gli obblighi informativi: dei 22 elementi del catalogo di cui all'art. 49, comma 1, Cod.Cons., ne sono stati selezionati solo quattro¹⁰², considerati essenziali, i quali devono essere comunicati direttamente prima che il consumatore inoltri l'ordine: le caratteristiche del bene, il prezzo, la durata del contratto ed eventuali rinnovi automatici e i vincoli minimi di durata. Ovviamente questo non significa che le altre informazioni possano essere trascurate ma impone al professionista effettuare una comunicazione più efficace, subito prima che il consumatore decida di concludere il contratto.

Sempre nella consapevolezza del problema della “diluizione” e della sostanziale scarsa accessibilità delle informazioni fornite in quantità eccessiva, il legislatore ha compiuto un'altra gerarchizzazione delle informazioni in relazione ai contratti conclusi “*mediante un mezzo di comunicazione a distanza che consente uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni*” e quindi, per fare un esempio diffusissimo nell'ambito del commercio elettronico: quando il contratto viene concluso tramite uno *smartphone*. In tal caso devono essere fornite sullo stesso mezzo alcune informazioni selezionate (quali le caratteristiche principali dei beni o servizi, l'identità del professionista, il prezzo

¹⁰⁰ N.S. KIM, *Contract's Adaptation and the Online Bargain*, su *University of Cincinnati Law Review*, 2010, p. 1327; N.V. CHARI, *Disciplining Standard Form Contract Terms through Online Information Flows: An Empirical Study*, su *New York University Law Review*, 2010, 1618. L'autore da ultimo citato evidenzia peraltro come nella prassi neppure i meccanismi di recensioni e *feedback* dei venditori riesca ad aiutare a selezionare i contratti che includono condizioni più favorevoli per il soggetto aderente. Anzi proprio quei contratti strutturati in maniera deteriore corrispondono a prodotti e venditori con recensioni migliori. Ciò è probabilmente spiegabile per il fatto che a fronte di condizioni contrattuali deteriori il medesimo venditore sia in grado di garantire un prezzo inferiore e quindi, nei casi in cui non c'è un successivo conflitto, quel venditore ottiene recensioni più positive.

¹⁰¹ E. BATTELLI, *Contrattazione e condizioni generali di contratto nell'e-commerce*, in *Contratti*, 2010, 2, p. 191. Si parla in proposito di *information overload* (F. BUFFA, *Il consumatore elettronico. Comportamenti e strategie*, in *Dir. Internet*, 2006, p. 5).

¹⁰² Quelli di cui alle lettere a), e), q), ed r).

totale, il diritto di recesso, la durata del contratto, e nel caso di contratti a tempi indeterminato, le condizioni di risoluzione¹⁰³) ed i restanti obblighi informativi devono essere adempiuti in modo appropriato, ossia mettendo le informazioni a disposizione del consumatore.

La dottrina ha quindi ravvisato in queste disposizioni la tendenza a considerare l'eccesso di informazione sviante in quanto, sostanzialmente, disinforma¹⁰⁴.

¹⁰³ Ossia quelle di cui alle lettere a), b), e), h) e q) del primo comma dell'art. 49 Cod.Cons.

¹⁰⁴ S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del D.Lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *Contratti*, 2014, 8-9, p. 796.

CAPITOLO 4

LA FORMAZIONE DELLA VOLONTÀ NEGOZIALE

NEL CONTRATTO VIRTUALE E NEL CONTRATTO CIBERNETICO.

1. Contratti online come scambi senza accordo: cenni sul dibattito dottrinale. 2. Possibilità di configurare una trattativa tra le parti nei contratti virtuali in senso stretto. 3. I contratti cibernetici e l'agente software. 4. Esempi e ipotesi per l'uso del sistema cibernetico nella conclusione dei contratti. 5. Analogie e differenze con la rappresentanza: l'agente software non può essere considerato un soggetto giuridico. 6. Contratti cibernetici e volontà. 7. Ipotesi di qualificazione dell'agente software. 8. L'errore dell'agente software e il principio di autoresponsabilità. 9. Tecnologia cibernetica ed esigenza di protezione dei dati personali. 10. La tutela dell'individuo rispetto alle decisioni automatizzate nel nuovo Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali.

1. Contratti online come scambi senza accordo: cenni sul dibattito dottrinale.

Avventurandosi nella riflessione sulla formazione del contratto telematico non si può trascurare la questione relativa alla qualificazione delle transazioni online come “scambi senza accordo”, ossia a quelle teorie che mettono in discussione la possibilità di ricondurre tali scambi alla nozione del contratto. Tale osservazione deriva dal fatto che i contratti *online* sono generalmente predisposti interamente dalla parte forte che ne disciplina il contenuto con minuzia mentre la controparte contrattuale può solo scegliere se accettare il (*rectius* aderire al) contratto oppure rinunciare a concludere l'affare (si parla di *all-or-nothing assent*) e, spesso, tale scelta viene compiuta senza neppure leggere veramente le condizioni contrattuali¹⁰⁵.

La questione ha animato il dibattito dottrinale fin dalla fine degli anni '90 del secolo scorso quando Natalino Irti¹⁰⁶ analizzava lo sviluppo dei contratti attraverso la recente storia sociale ed economica: in origine (ed in particolare nella fase storica in cui il

¹⁰⁵ L'aspetto della conoscenza delle condizioni contrattuali e del consenso (*all-or-nothing assent*) espresso nei confronti di un contratto *online* interamente predisposto è oggetto di notevole approfondimento anche da parte della dottrina straniera. Si vedano per esempio: N.S. KIM, *Contract's Adaptation and the Online Bargain*, su *University of Cincinnati Law Review*, 2010, p. 1327; N.V. CHARI, *Disciplining Standard Form Contract Terms through Online Information Flows: An Empirical Study*, su *New York University Law Review*, 2010, 1618; L. CICIRELLI, *Online Shopping: Buy One, Lose Legal Rights for Free*, su *Seton Hall Law Review*, 46 *Seton Hall L. Rev.*, 2016, p. 991.

¹⁰⁶ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 347.

codice civile è stato concepito) il c.d. “Uomo qualunque”, concludeva gli accordi esclusivamente attraverso il linguaggio, con lo scambio di dichiarazioni negoziali di proposta e accettazione nel senso più puro e classico dei termini. Successivamente con la diffusione del modello del supermercato il c.d. ”*homo loquens*” si è trasformato in “*homo videns*” in quanto alla descrizione mediante linguaggio si sostituisce la fisicità della cosa che viene offerta mediante apposizione sullo scaffale del negozio. Gli scambi non si concludono più verbalmente ma spesso solo per gesti i quali vengono equiparati a manifestazioni di volontà. Con l’avvento delle tecnologie informatiche e la diffusione di internet si entra in una ulteriore (terza) fase: non si ha più l’*homo videns* che va verso le cose ma le immagini delle cose vanno verso di lui¹⁰⁷. In base a tale impostazione dottrinale non si potrebbe parlare di contratti a meno di stravolgere l’idea stessa di contratto ed a questo tipo di scambi, quindi, non si applicherebbero le regole sul consenso ma quelle relative agli atti unilaterali¹⁰⁸.

Rispetto a tali osservazioni si contrappone la risposta di Giorgio Oppo¹⁰⁹ che osserva come già nel codice civile del 1942 fosse presente l’idea di che l’accordo non necessariamente debba comprendere dialogo, trattative e scambio linguistico. In primo luogo vi sono diverse modalità di conclusione del contratto già nel codice civile quali l’art. 1327 e l’art. 1333; ma soprattutto il contratto per adesione (sia esso concluso nei grandi magazzini o in via telematica) è una combinazione di atti voluti e decisi, esternati attraverso comportamenti concludenti o specifici gesti che il contesto rende significativi (come la pressione del tasto negoziale virtuale).

In questo dibattito dottrinale, che qui viene appena accennato, si è poi inserito il D.Lgs. 70/2003 il quale precisa espressamente che “*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*”.

Tale norma conferma la qualificazione -già di per sé persuasiva- degli scambi telematici come contratti pur in assenza dell’utilizzo del linguaggio ed in (tendenziale) assenza di

¹⁰⁷ Si veda anche C. CAMARDI, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche*, in V. RICCIUTO e N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia*, diretto da F. Galgano, Cedam, 2002, p. 4

¹⁰⁸ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 347.

¹⁰⁹ G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, I, 525.

trattativa tra le parti. In definitiva si ritiene quindi convincente la tesi per cui gli scambi *online* rientrano nella definizione di contratto inteso come accordo tra le parti, per quanto caratterizzato da procedure formative particolari e differenti da quelle in origine immaginate dal legislatore del 1942.

2. Possibilità di configurare una trattativa tra le parti nei contratti virtuali in senso stretto.

Gran parte dei ragionamenti qui sviluppati si fondano sul presupposto che nei contratti telematici (in senso stretto) non vi possa essere spazio per una trattativa tra le parti. Ciò perché al destinatario della proposta (o dell'invito a offrire) non viene data altra possibilità che non azionare il tasto negoziale virtuale per aderire al contenuto contrattuale predisposto dal venditore oppure desistere dalla conclusione dell'affare. Tale assunto potrebbe essere in realtà parzialmente rivalutato.

La trattativa è l'interazione tra le parti del futuro eventuale contratto che ciascuna di esse cerca di orientare verso i risultati più vantaggiosi per sé¹¹⁰. Si compone quindi di comportamenti precontrattuali che non sono indirizzati al perfezionamento del contratto ma che sono rivolti all'accertamento dell'idoneità dell'accordo raggiungibile a soddisfare le esigenze delle parti¹¹¹, nonché di comportamenti idonei a incidere in senso modificativo sul contenuto del perfezionando regolamento contrattuale¹¹².

Secondo parte della dottrina è individuabile anche nella contrattazione online una fase qualificabile come trattativa¹¹³.

¹¹⁰ Definizione di V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, 2011, p. 167.

¹¹¹ G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 281.

¹¹² La trattativa viene definita dal dizionario Treccani come: "La fase preliminare e preparatoria di un contratto, di un accordo, di un patto o di un trattato, nella quale con una serie di incontri e di colloqui, di discussioni, di proposte e controproposte, se ne concorda la forma definitiva La fase preliminare e preparatoria di un contratto, di un accordo, di un patto o di un trattato, nella quale con una serie di incontri e di colloqui, di discussioni, di proposte e controproposte, se ne concorda la forma definitiva".

¹¹³ "la predisposizione unilaterale del contenuto nei contratti B2C non esclude, a priori, qualsiasi forma di trattativa precontrattuale" (M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Dir. Informatica*, 6, 2004, p. 805); si veda anche R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 12, p. 2553; E. RUGGIERO, *Il contratto telematico*, Edizioni Simone, 2003, p. 36; G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 281.

Sotto molti aspetti il contratto concluso con *point and click* non differisce dall'acquisto del bene al supermercato: in entrambi i casi la possibilità di incidere sulle condizioni contrattuali è pressoché nulla. Tuttavia la distanza tra le parti del contratto telematico riduce ulteriormente anche la possibilità di interazione tra le parti contrattuali che invece è più facilmente configurabile nel contesto dell'offerta al pubblico in un negozio fisico¹¹⁴.

La possibilità che vi sia una trattativa individuale rileva non solo dal punto di vista teorico ma anche sul piano pratico perché può incidere sulla dichiarazione di nullità (relativa) delle clausole c.d. vessatorie nei contratti con i consumatori: l'art. 34 Cod.Cons. esclude infatti che possano essere considerate vessatorie¹¹⁵ le clausole che sono state oggetto di trattativa individuale.

In generale appaiono individuabili tre modalità con le quali fare entrare una (sorta di) trattativa nel procedimento di formazione del contratto virtuale: la previsione di diverse opzioni tra le quali il cliente può scegliere; la facoltà di inserire del testo all'interno dei *form* contenuti nelle pagine web utilizzate per l'invio dell'ordine; e la possibilità di chiedere preventivi personalizzati.

Quanto alla prima ipotesi, spesso il predisponente permette all'utente di scegliere tra più opzioni nell'ambito del modulo da compilare per l'invio dell'ordine. Ci si riferisce alla possibilità che al cliente non sia solo concessa la scelta tra accettare o meno il contratto ma anche la possibilità di sceglierne le caratteristiche¹¹⁶. Tale fattispecie pare però difficilmente qualificabile come trattativa tra le parti, nonostante possa permettere al cliente di interferire sul contenuto dell'accordo che andrà a concludere. Invero parrebbe più corretto qualificare questo meccanismo come una molteplicità di proposte alternative da parte del venditore il quale lascia la possibilità di aderire ad una o all'altra

¹¹⁴ Il cliente di un negozio o supermercato ha generalmente la possibilità materiale di rivolgersi al negoziante o ad un suo ausiliario per acquisire immediatamente ulteriori informazioni sui prodotti. Viceversa quando l'incontro tra le parti avviene attraverso un sito internet tale possibilità può essere inesistente o limitata o, comunque, richiedere modalità meno agevoli e tempi più lunghi.

¹¹⁵ Nonostante rientrino tra quelle presuntivamente vessatorie in base a quanto disposto all'art. 33 Cod.Cons ed all'elenco ivi contenuto.

¹¹⁶ ““Si pensi non tanto alla possibilità di selezionare due possibili opzioni («si» o «no»; «adesione» o «rifiuto»), ma alla possibilità di selezionare alternativamente («A» o «B» o «C» o «D») o cumulativamente («A» e/o «B» e/o «C» e/o «D») due o più voci all'interno di una data opzione.” (G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 283).

delle soluzioni prospettate e predisposte unilateralmente¹¹⁷. Ciononostante è stato osservato che attraverso un utilizzo ampio di questo strumento si potrebbe realizzare una fattispecie formativa del contratto in cui il risultato finale non sia previamente determinato ma, piuttosto, determinabile attraverso l'interazione del cliente. Un tale meccanismo potrebbe presentare alcune caratteristiche tipiche della trattativa, quali l'individualità e l'idoneità di incidere sul contenuto finale del contratto¹¹⁸.

La seconda ipotesi riguarda la possibilità che il venditore, nel predisporre il sito e le modalità di adesione al contratto, permetta al cliente di inserire un messaggio testuale in una apposita casella nel modulo di ordine (c.d. *form*). Il cliente potrebbe utilizzare quello spazio per inserire delle condizioni aggiuntive o modificative rispetto al contratto predisposto dal venditore. Ove tali contenuti fossero idonei ad incidere sul regolamento contrattuale saremmo di fronte a una trattativa tra le parti e non ad una mera adesione ad un contratto standard. È necessario comprendere se tale comportamento possa effettivamente modificare il contratto oppure se debba condurre ad altri risultati. Un modulo d'ordine che contiene condizioni diverse rispetto a quanto previsto dal predisponente può forse essere qualificato come accettazione difforme, e come tale dovrebbe essere idoneo, a seconda del caso concreto, a determinare la conclusione del contratto ovvero ad essere qualificata come controproposta¹¹⁹. Il tutto, ovviamente, a patto che tale possibilità sia stata in origine concepita e ammessa dal venditore e che per questa ragione egli abbia previsto una casella nel *form* per inserire condizioni modificative¹²⁰.

¹¹⁷ Il predisponente nel creare l'assetto del sito determina i contenuti della proposta e lascia la possibilità di scegliere tra opzioni differenti avendo però già stabilito e definito le conseguenze dell'una o dell'altra scelta. Per esempio scegliere una caratteristica del bene piuttosto che un'altra, oppure selezionare le modalità e i tempi di spedizione con le conseguenti modifiche del prezzo finale del bene.

¹¹⁸ G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 286.

¹¹⁹ A tale proposito si veda: A.M. BENEDETTI, *Accettazione «condizionata» e principio di conformità*, in *Contratti*, 2004, 3, 221, dove l'Autore osserva che un'accettazione solo lievemente difforme non dovrebbe necessariamente impedire la conclusione del contratto, anche in applicazione del principio della buona fede.

Alla luce delle presenti considerazioni, si osserva peraltro che, forse, l'affermazione del citato Autore in base alla quale “l'accettazione di offerte al pubblico diffuse attraverso siti Internet, non può mai essere difforme” potrebbe necessitare della precisazione che il predisponente può prevedere la possibilità di inviare un'accettazione non conforme alla proposta originale.

¹²⁰ Viceversa, se la casella per l'inserimento del testo fosse prevista ad altro scopo (ad esempio per la personalizzazione del prodotto all'interno di limiti precisamente definiti) l'utilizzo della stessa per

Venendo infine alla terza fattispecie menzionata si segnala, in alcuni casi, una possibilità di interazione più ampia da parte del cliente al quale potrebbe essere concesso di comunicare con il venditore allo scopo di ottenere informazioni sulle caratteristiche del bene o sul contenuto dell'accordo o, anche, al fine di ottenere un preventivo o un'offerta personalizzata. Tale interazione può avvenire tramite messaggi email oppure attraverso strumenti contenuti all'interno del sito stesso ma, proprio alla luce del fatto che avviene uno scambio di comunicazioni tra le parti, tale fattispecie rischia di esulare dalla nozione del contratto virtuale in senso stretto rientrando, invece, nella figura contrattuale del contratto telematico in senso lato. È però possibile individuare ipotesi nelle quali il contratto, pur concluso con lo strumento del tasto negoziale virtuale, sia preceduto da una trattativa individualizzata. Ci si riferisce non solo alla possibilità -talvolta prevista nei siti di *ecommerce*- di "chattare" con il venditore per acquisire informazioni, ma anche alla possibilità di ottenere sconti o offerte personalizzate destinate ad essere oggetto di accettazione con il meccanismo del *point and click*¹²¹.

In conclusione, quindi, non deve essere esclusa in generale la possibilità di instaurare trattative precontrattuali nell'ambito dei contratti virtuali in senso stretto, nella consapevolezza che tale possibilità rappresenti una situazione eccezionale nel settore del commercio elettronico e che debba essere oggetto di attenta valutazione del caso concreto¹²².

l'inserimento di condizioni modificative difficilmente potrebbe avere l'efficacia di accettazione difforme o controproposta o di trattativa. Altrimenti il predisponente verrebbe trovarsi vincolato ad un contratto diverso da quello da lui voluto, in alcuni casi senza neppure il potere impedire che ciò accada: il modulo d'ordine difforme verrebbe da lui ricevuto ed in automatico il suo server invierebbe una conferma d'ordine che potrebbe, in tale ipotetica (non condivisibile) ricostruzione, essere considerato come accettazione della controproposta.

¹²¹ Sul sito Airbnb, per esempio, l'utente può entrare in contatto con il locatore palesando le proprie esigenze e richieste. Per quest'ultimo è disponibile un'apposita procedura per formulare un'offerta speciale (con un prezzo personalizzato) riservata a quell'utente. In caso di accordo l'utente può azionare un tasto negoziale virtuale che consente l'accettazione di tale offerta con l'adesione a tutte le ulteriori condizioni stabilite dal sito.

¹²² R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 12, p. 2553; M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Dir. Informatica*, 6, 2004, p. 805; G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 286.

3. I contratti cibernetici e l'agente *software*.

L'applicazione delle nuove tecnologie alla realtà economica e sociale comporta numerose e notevoli novità in materia di contratti. Ci si riferisce in particolare ai casi in cui lo strumento tecnologico non è utilizzato esclusivamente come veicolo della dichiarazione negoziale bensì come vero e proprio artefice della volontà contrattuale¹²³. Accade infatti che l'elaboratore elettronico possa interferire autonomamente nella fase di formazione del contratto. Si tratta del fenomeno dei c.d. "*software agents*"¹²⁴ che possono influenzare il contenuto del contratto, ma anche selezionare la controparte contrattuale o determinare se un contratto si debba concludere o meno¹²⁵. I contratti nei quali si può individuare un tale tipo di intervento dello strumento informatico vengono definiti contratti cibernetici¹²⁶; intendendosi la cibernetica come la scienza che, basandosi sullo studio delle analogie tra le funzioni del cervello e i principi di funzionamento delle macchine, ha lo scopo di realizzare apparecchiature automatiche capaci di riprodurre le predette funzioni, ovvero di comportarsi in maniera simile al cervello umano¹²⁷.

Gli agenti *software* sono programmi informatici capaci di azione autonoma in ambienti complessi¹²⁸. Si tratta di una nozione che abbraccia diverse possibili soluzioni tecnologiche essendo caratterizzata esclusivamente dal risultato finale, ossia che si tratti di un *software* in grado di giocare un ruolo attivo nel rapporto con il contesto in cui

¹²³ "Nella nuova fattispecie contrattuale destinata ad affacciarsi in questo terzo millennio, che designeremo ricorrendo all'espressione "contratto cibernetico", le tecnologie informatiche e telematiche sono usate dal proprio utilizzatore non per veicolare una volontà contrattuale già formata, bensì per integrare la dichiarazione negoziale e giungere alla definitiva formazione del regolamento contrattuale, con un certo grado di autonomia rispetto al suo utilizzatore, come se l'agente cibernetico fosse il rappresentante designato dal proprio utilizzatore per la conclusione del contratto, rimettendo ad esso la decisione se concluderlo o meno, con quale contraente, a quali condizioni (economiche e giuridiche) e con quali contenuti." (F. BRAVO, *Contratto cibernetico*, in *Dir. informatica*, 2011, 2, p. 169).

¹²⁴ Altresì noti come *AI agents* (S. GRUNDMANN, P. HACKER, *Digital technology as a challenge to european contract law. From the existing to the future architecture*, su *European Review of Contract Law*, 2017, 3, p. 255).

¹²⁵ S. GRUNDMANN, P. HACKER, *Digital technology as a challenge to european contract law. From the existing to the future architecture*, su *European Review of Contract Law*, 2017, 3, p. 255.

¹²⁶ E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, p. 39.

¹²⁷ F. BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Giuffrè, 2007, p. 180.

¹²⁸ G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Il Mulino, 2003, p. 137.

opera e con le possibili controparti (siano esse umane o a loro volta automatiche)¹²⁹. La principale caratteristica dell'agente *software* è la sua autonomia, ossia la capacità di operare e compiere scelte senza l'intervento umano. Ad essa si affianca la sua capacità relazionale, ovvero la possibilità di interagire con l'esterno e in particolare con altri agenti o con soggetti umani terzi, la capacità di protrarre la propria attività nel tempo (persistenza) e di assumere iniziative per la realizzazione degli obiettivi che devono essere perseguiti, generando eventi e stimolando interazioni (proattività). Altra caratteristica degna di nota è la mobilità, da intendersi come la capacità di installarsi su diversi server (hardware) e continuare l'attività anche a prescindere dall'operatività del sistema dell'utilizzatore (il soggetto nel cui interesse opera l'agente)¹³⁰

L'ultima caratteristica che merita di essere menzionata è la capacità di apprendimento da parte degli agenti in commento. Essi possono essere programmati per acquisire nuove conoscenze durante il loro funzionamento in modo tale da apprendere dalla propria esperienza e ottenere strumenti migliori per raggiungere gli obiettivi posti dall'utilizzatore. In base alle modalità di apprendimento dell'agente *software* si possono individuare cinque tipologie¹³¹: *user looking*¹³², *user indirect feedback*¹³³, *user direct feedback*¹³⁴, *learning by example*¹³⁵ e *agent asking*¹³⁶.

Gli agenti *software*, come ogni programma informatico, sono caratterizzati da una struttura, (un codice) predisposta attraverso il linguaggio (binario) della

¹²⁹ G. SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?*, in *Contratto e impresa*, 2002, 2, p. 465.

¹³⁰ F. BRAVO, *Contratto cibernetico*, in *Dir. informatica*, 2011, 2, p. 169; G. SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?*, in *Contratto e impresa*, 2002, 2, p. 465.

¹³¹ F. BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Giuffrè, 2007, pp. 196 e ss. L'autore riporta la classificazione prospettata dal Dipartimento di Informatica e Automazione dell'Università degli Studi di Roma III e illustra le caratteristiche di ogni tipologia che sono qui riportate alle successive note.

¹³² L'agente che è in grado di apprendere mediante l'osservazione dell'utilizzatore, tracciando le scelte da questi effettuate.

¹³³ Si tratta di una modalità di apprendimento che prevede la proposizione all'utilizzatore dei risultati delle possibili scelte prendendo nota delle successive scelte operate dallo stesso, sia che esso accolga, sia che trascuri il suggerimento.

¹³⁴ In questo caso l'apprendimento avviene attraverso la richiesta di specifici chiarimenti e indicazioni all'utilizzatore.

¹³⁵ L'agente *software* apprende mediante l'analisi delle risposte dell'utilizzatore relative ad esempi astratti creati dall'agente medesimo a questo fine.

¹³⁶ L'ultima tipologia si basa sulla collaborazione tra gli agenti cibernetici in modo che per la soluzione di problemi che un agente non è in grado di affrontare sulla base delle proprie esperienze questi interroghi altri agenti che siano in grado di trovare le necessarie risposte.

programmazione informatica. Essi però si distinguono rispetto agli altri *software* per la presenza dell'intelligenza artificiale, che può manifestarsi di volta in volta in forma più o meno evoluta. Il tratto differenziale più evidente riguarda la modalità di gestione della conoscenza: nei programmi di tipo tradizionale la conoscenza viene applicata in modo rigidamente predeterminato¹³⁷, diversamente all'intelligenza artificiale degli agenti *software* è demandata la soluzione del problema al di fuori di schemi già previsti. È stato efficacemente osservato che “*mentre l'approccio dell'informatica tradizionale è di fornire alla macchina la soluzione del problema, quello dell'intelligenza artificiale è di fornire invece i mezzi perché la macchina trovi da sola la soluzione*”¹³⁸. I *software agent*, come già osservato, si distinguono quindi per la loro autonomia nell'individuazione della strada per il raggiungimento dell'obiettivo (*goal*).

L'intelligenza artificiale può quindi arrivare a riprodurre una serie di attività che in passato si ritenevano riservate esclusivamente all'essere umano. Lo sviluppo tecnologico in commento porta con sé la necessità di risolvere notevoli questioni giuridiche e concettuali le quali saranno affrontate dopo alcune riflessioni e esemplificazioni sulle applicazioni (presenti e future) degli agenti *software*.

4. Esempi e ipotesi per l'uso del sistema cibernetico nella conclusione dei contratti.

Gli esempi in cui il contenuto del contratto viene lasciato almeno in parte alla determinazione dell'agente *software* sono illimitati e coinvolgono contratti che vengono conclusi dalla generalità dei consociati così come contratti riferibili solamente a specifici settori economici. Le soluzioni, come si vedrà a breve, sono molto varie e differiscono per il grado di autonomia affidato al programma e per l'ampiezza dei contenuti sui quali questo può incidere.

Molto spesso capita, per esempio, che l'operatore economico che formula l'offerta all'interno del proprio sito affidi ad un elaboratore la determinazione di alcuni elementi, anche essenziali, del contratto. L'esempio più frequente riguarda la fissazione del

¹³⁷ G. SARTOR, *Intelligenza artificiale e diritto. Un'introduzione*, Giuffrè, 1996, p. 15.

¹³⁸ G. CARIDI, *Introduzione alla elaborazione automatica dei dati per le decisioni economiche e finanziarie*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, p. 155.

prezzo. Tutte le compagnie aeree offrono la possibilità di acquistare i biglietti tramite il sito internet e in molti casi il prezzo del biglietto non viene stabilito a priori dall'impresa ma viene determinato da un *software* che, in base ad una moltitudine di parametri, individua la tariffa che verrà poi visualizzata sullo schermo del dispositivo del cliente. Nel caso del biglietto aereo tra i più noti parametri che vengono generalmente presi in considerazione dall'elaboratore -in base alla programmazione stabilita dall'imprenditore- si trovano il numero di posti già venduti e quelli ancora disponibili, l'anticipo rispetto alla data di partenza, il periodo dell'anno e il giorno della settimana della prenotazione. Vi sono poi diversi altri parametri che possono essere inseriti nel programma, alcuni dipendenti dall'organizzazione dell'operatore ma altri collegati all'osservazione del potenziale cliente. Ecco che il *software* potrà proporre prezzi diversi a soggetti diversi in base al loro comportamento online osservato per mezzo dei *cookies*¹³⁹ o di altri strumenti quali i programmi fedeltà o le informazioni ricevute da altri soggetti che a loro volta le hanno raccolte online. Tra gli elementi presi in considerazione si possono immaginare valutazioni sulla possibilità che il medesimo cliente utilizzi nuovamente la compagnia, la sua inclinazione ad acquistare servizi extra o, anche, la probabilità che egli pur avendolo pagato non utilizzi poi il biglietto. Volendo portare il ragionamento al paradosso, si potrebbe ipotizzare che il *software* agent possa addirittura valutare il peso del passeggero sulla base delle sue ricerche online¹⁴⁰ e offrire un prezzo diverso in base al diverso consumo di carburante preventivato.

Analoghi esempi possono essere riportati in ogni settore economico, come la prenotazione di alloggi, il noleggio di mezzi di trasporto, la stipula di assicurazioni¹⁴¹ o

¹³⁹ “In informatica, file di servizio che viene inviato da un sito Internet all'utente che si colleghi con esso, allo scopo di registrarne l'accesso e di rilevare altri dati; è usato in alcuni casi per favorire l'interattività, in altri per ottenere informazioni in modo surrettizio.” (definizione tratta dal vocabolario Treccani, www.treccani.it/vocabolario/cookie).

¹⁴⁰ L'utilizzo dei cookies o e lo scambio di informazioni tra le imprese che operano *online* possono, in astratto, fornire all'agente *software* un profilo completo del soggetto al quale esso propone un determinato contratto. Per esempio sapendo che una persona ha acquistato prodotti dimagranti o ha visitato siti per aiutare a prendere o perdere peso. Ovviamente i casi appena ipotizzati partono da situazioni certamente reali (determinazione del prezzo in base ai posti disponibili) per arrivare ad esempi che solo in astratto potrebbero essere realizzati, al fine di rendere evidente il potenziale dei c.d. *software* agents.

¹⁴¹ Gli strumenti tecnologici potrebbero permettere all'assicuratore di avere molte informazioni sul potenziale assicurato per individuare e definire il rischio e conseguentemente determinare il premio.

l'apertura di conti correnti bancari.

Non mancano poi casi in cui il *software* viene messo a disposizione del cliente consumatore e da questo utilizzato per determinare la propria dichiarazione negoziale: per esempio il sito *Airbnb* permette a chi vuole dare (anche occasionalmente) in locazione turistica il proprio appartamento di demandare al *software* la determinazione del prezzo per la notte di soggiorno¹⁴².

Il *software agent* non deve intervenire necessariamente prima della conclusione del contratto (determinando il contenuto della proposta) ma può anche essere utilizzato per stabilirne il contenuto in epoca successiva alla conclusione dell'accordo: per esempio le tariffe del servizio di noleggio con conducente *Uber* non sono predeterminate ma vengono definite da un *software* all'esito della corsa, non solo sulla base dei tempi e della distanza, ma anche della domanda e dell'offerta nel preciso momento considerato. Così anche il costo delle inserzioni su Google non è determinato alla conclusione del contratto ma in tale occasioni vengono fissati dei parametri in base ai quali il meccanismo stabilirà di volta in volta il costo di ogni singola inserzione.

In questo breve insieme di esemplificazioni si sono voluti illustrare i casi più frequenti e semplici, ma le applicazioni di tale strumento sono innumerevoli e possono coinvolgere non solo il prezzo ma anche ogni altro elemento del contratto, nonché la scelta della controparte contrattuale o la decisione se concludere o meno il contratto. L'agente *software*, dotato di un livello più elevato ancora di intelligenza artificiale, può anche essere in grado di condurre una trattativa (con altri *software* o con esseri umani) offrendo inizialmente determinate condizioni nell'ottica poi di migliorarle in caso di mancata accettazione.

Un ottimo esempio lo si trova in un contributo di Sartor¹⁴³: l'Autore ipotizza una articolata contrattazione tra un agente *software* incaricato da una impresa radiofonica di reperire, alle migliori condizioni economiche, entro determinati limiti, una canzone o, in

¹⁴² Si vedano le condizioni generali di contratto del sito Airbnb.com (visitato a dicembre 2017): “La funzione Prezzi Smart ti consente di impostare automaticamente i prezzi al rialzo o al ribasso in base alle variazioni della domanda per annunci come il tuo. Spetta comunque sempre a te il controllo sui prezzi, quindi Prezzi Smart agisce in base ad altri parametri sul prezzo che hai indicato; puoi comunque modificare in qualsiasi momento prezzi giornalieri specifici. Prezzi Smart si basa sulla tipologia e collocazione del tuo annuncio, sulla stagionalità, sulla domanda e su altri fattori.”

¹⁴³ G. SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?*, in *Contratto e impresa*, 2002, 2, p. 465.

alternativa un altro brano del medesimo autore o di analogo genere. Il programma contatta decine di potenziali fornitori, avvia e conduce con ciascuno di essi (rappresentati da altri agenti *software*) delle trattative individuali, ne confronta i risultati, scaglia la controparte, definisce tutti gli aspetti dell'accordo, conclude il contratto, effettua il pagamento e avvia il download della canzone, il tutto in pochi secondi, nel solo tempo in cui il radioascoltatore conclude la telefonata in cui richiedeva la canzone.

5. Analogie e differenze con la rappresentanza: l'agente *software* non può essere considerato un soggetto giuridico.

Le analogie tra l'utilizzo dell'agente *software* e il meccanismo della rappresentanza sono evidenti. L'utilizzatore¹⁴⁴, esattamente come il rappresentato, incarica un terzo di concludere un contratto nei limiti di cui al mandato conferito a quest'ultimo¹⁴⁵. Da questa considerazione deriva la tendenza diffusa¹⁴⁶ di prospettare in termini antropomorfici l'agente, designandolo con nome umano e descrivendo con termini umani il suo comportamento. Tale operazione, se da un lato aiuta a descrivere l'operato del *software* senza entrare in aspetti tecnico-informatici, dall'altro rischia di condurre ad una qualificazione giuridica che si allontana dal dato reale.

Il principale limite all'applicazione dello schema della rappresentanza al contratto concluso tramite agente *software* deriva dalla difficoltà di riconoscere la soggettività giuridica al programma informatico. Ciononostante in dottrina si è ipotizzato l'utilizzo in via analogica dell'istituto della rappresentanza. Tale lettura sarebbe astrattamente avvalorata dall'art 1389 c.c. che richiede per il rappresentato la capacità legale ma per il

¹⁴⁴ L'utilizzatore è colui che si avvale dell'agente *software*.

¹⁴⁵ "I risultati dell'agire autonomo, normalmente, non sono predicibili. se non in contesti in cui la complessità del sistema è ridotta dall'utilizzatore medesimo, che richiama all'agente di raggiungere obiettivi contrattuali predeterminati, restringendo conseguentemente l'autonomia dell'agente cibernetico, similmente, ma con le dovute differenze che si andranno a sviluppare nel prosieguo del discorso, al rappresentato-mandante che, nel rilasciare la procura al rappresentante-mandatario, individua chiaramente i parametri del negozio giuridico demandato a quest'ultimo." (F. BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Giuffrè, 2007, p. 199).

¹⁴⁶ G. FINOCCHIARO, *La conclusione del contratto telematico mediante i "software agents": un falso problema giuridico?*, in *contratto e Impresa*, 2002, 2. p. 500. L'Autrice osserva peraltro che l'utilizzo stesso del termine "agente", per quanto utile a descrivere la fattispecie dal punto di vista tecnico, porta con sé notevoli ambiguità.

rappresentante la semplice capacità di agire che sarebbe riscontrabile nel perfetto funzionamento psico-fisico (*software-hardware*) del computer¹⁴⁷.

La più evidente, e convincente, critica a questa teoria è quella che mette in discussione la possibilità di assimilare il sistema informatico (privo di soggettività) al rappresentante che invece deve essere dotato di soggettività. Attribuire soggettività giuridica al *software* è infatti in evidente contrasto in primo luogo con l'art. 1 del codice civile. Inoltre se l'agente fosse un rappresentante su di esso ricadrebbero diverse conseguenze dall'esercizio del relativo potere: il rappresentante può essere infatti chiamato a rispondere del proprio operato sia da parte del rappresentato sia da parte del terzo contraente. Dal primo punto di vista, sebbene con una ulteriore forzatura, la soluzione può essere ravvisata nel principio di autoresponsabilità¹⁴⁸: l'utilizzatore è consapevole dei rischi connessi all'impiego di questo strumento ed evidentemente ne subirà le conseguenze. Più complesso il caso in cui l'errore (o il comportamento doloso) dell'agente ricade sul terzo contraente. Se si applicasse la disciplina della rappresentanza l'agente, in quanto rappresentante, dovrebbe rispondere per esempio ex art. 1398 c.c., ma è evidente che l'agente *software*, ente privo di soggettività, ed ovviamente di patrimonio, non potrebbe essere considerato responsabile di un danno. Ulteriore problematica applicativa è collegata agli artt. 1390 e 1391 c.c. ove fanno riferimento ai vizi del consenso e agli stati soggettivi del rappresentante.

In sostanza è evidente che il riferimento alla rappresentanza -per quanto utile a comprendere e descrivere il meccanismo dal punto di vista tecnico- non possa essere utilizzato dal punto di vista tecnico-giuridico in quanto, lungi dal produrre alcuna semplificazione, finirebbe per creare gravi complicazioni¹⁴⁹.

¹⁴⁷ R. BORRUSO, *Computer e diritto*, Giuffrè, 1988, pp. 238 e ss.; si veda anche quanto riferito da E. TOSI, *Diritto privato dell'informatica e di internet*, Giuffrè, 2006, p. 233.

¹⁴⁸ Su questo argomento si tornerà nel seguito in modo più ampio.

¹⁴⁹ G. FINOCCHIARO, *La conclusione del contratto telematico mediante i "software agents": un falso problema giuridico?*, in *contratto e Impresa*, 2002, 2. p. 500. Concludendo i ragionamenti relativi all'attribuzione della soggettività giuridica all'agente *software* è d'obbligo ricordare le ampie riflessioni dottrinali in merito all'opportunità di introdurre una normativa specifica che regoli tale aspetto così come gli altri argomenti di rilievo privatistico in merito all'utilizzo di tali strumenti. Parte della dottrina ha ravvisato la necessità di disciplinare l'impiego degli agenti *software* con l'obiettivo di preservare la sicurezza e la fiducia reciproca, necessarie per il corretto funzionamento del sistema economico ed in particolare dei mercati elettronici. Tale regolazione, secondo i suoi sostenitori, dovrebbe passare per il riconoscimento di alcune caratteristiche degli agenti *software* (autonomia, iniziativa, intenzionalità) con la conseguenza di mettere anche in discussione "una delle più solide frontiere del mondo del diritto,

6. Contratti cibernetici e volontà.

Se il contratto cibernetico è caratterizzato dall'intervento del *software* al quale è demandata la determinazione di rilevanti aspetti del regolamento contrattuale, sorge evidente l'interrogativo sulla sussistenza dell'accordo inteso come manifestazione di volontà conforme da parte dei contraenti. La parte si rivolge all'agente cibernetico per integrare la propria volontà contrattuale non ancora interamente formatasi, è quindi lecito domandarsi se ci si trovi di fronte a un contratto oppure no¹⁵⁰.

Autorevole dottrina ha in proposito evidenziato che nei contratti cibernetici l'elaboratore non sempre può essere assimilato ad un mezzo di trasmissione¹⁵¹. Soprattutto non può essere considerato tale l'agente *software* programmato in modo da avviare una vera e propria trattativa con la controparte con la possibilità di stabilire quali condizioni pattuire ed anche se concludere l'accordo o meno. Per tali ragioni si spiega il fatto che sia stata rilevata l'assenza della volontà del contraente sull'operazione contrattuale; essendo evidentemente da escludere che la volontà possa essere individuata in quella propria dell'agente *software* (che sarebbe in tal caso da considerare alla stregua di un rappresentante).

Secondo Giannantonio¹⁵² questi strumenti tecnologici si muovono al di fuori della fattispecie contrattuale. Ciò non significa negare la validità e l'efficacia di tali atti: sarebbe scorretto sia dal punto di vista sostanziale, in quanto essi sono considerati valide e vincolanti nella realtà sociale ed economica¹⁵³, sia da quello formale, in quanto

quella tra cose e persone" (G. SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?*, in *Contratto e impresa*, 2002, 2, p. 465). In senso contrario rispetto all'introduzione di una disciplina specifica che riconosca una (anche parziale) soggettività agli agenti *software* si veda G. FINOCCHIARO, *La conclusione del contratto telematico mediante i "software agents": un falso problema giuridico?*, in *contratto e Impresa*, 2002, 2, p. 500.

¹⁵⁰ F. BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Giuffrè, 2007, p. 235.

¹⁵¹ Ciò è possibile solo quando il comportamento dell'elaboratore è rigidamente predeterminato.

¹⁵² E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Cedam, 1997, p. 257.

¹⁵³ "Infatti, quando l'intelligenza artificiale di due computers, comunque vi pervenga, rende disponibile ad un'impresa un bene o un servizio, ed accredita fondi a chi li fornisce, non si propongono dubbi sulla regola e quindi su chi possa o debba fare cosa. Né alcuni ha mai avanzato seri dubbi sul fatto che coloro che si servono di quei computers siano impegnati dai risultati delle loro operazioni." (A. GENTILI, *Inefficacia e vizi della volontà della contrattazione telematica*, in V. RICCIUTO e N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Cedam, 2002, p. 145).

possono essere certamente ricondotti tra le fonti non contrattuali ex art. 1173 e quindi idonei all'applicazione della disciplina delle obbligazioni. In conclusione, secondo il citato Autore, ai negozi giuridici cibernetici non possono essere applicate le norme in tema di contratti perché non ricorre una vera dichiarazione di volontà da parte di un soggetto giuridico e dovrebbero invece essere applicate specifiche norme da emanare per regolare puntualmente il nuovo fenomeno giuridico¹⁵⁴.

Si può però replicare a questa ricostruzione osservando che la volontà non scompare integralmente in questo tipo di negozi ma, semmai, viene declinata in modo differente, operando su piani diversi della formazione del contratto. La volontà dell'utilizzatore è in primo luogo presente nel momento iniziale, quando egli decide di ricorrere allo strumento tecnologico per lo svolgimento dell'attività contrattuale e per l'integrazione del contenuto del contratto; è poi evidente nel momento in cui fornisce al *software* i criteri in base ai quali operare, i limiti entro cui agire e gli obiettivi da raggiungere¹⁵⁵; essa rileva anche nella fase successiva, quando l'utilizzatore accoglie gli effetti del contratto avvalendosi dei relativi diritti e sentendosi vincolato dagli obblighi. La volontà quindi non scompare dalla fattispecie contrattuale ma si atteggia in maniera diversa e si snoda con tratti peculiari¹⁵⁶. In tal modo non viene pregiudicato il principio dell'accordo a patto che la dichiarazione negoziale formulata dall'agente *software* corrisponda effettivamente alla volontà del soggetto giuridico che lo ha programmato fornendo le indicazioni utili alla conclusione del contratto.

In tale contesto il ruolo dell'agente *software* nella formazione del contratto e nella determinazione del suo contenuto regolamentare è di grande rilievo. Le parti si trovano

¹⁵⁴ E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Cedam, 1997, p. 257; F. BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Giuffrè, 2007, pp. 239 e ss.. Sulla necessità di una disciplina specifica per i *software* agents si vedano i già citati contributi di G. SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?*, in *Contratto e impresa*, 2002, 2, p. 465 e di G. FINOCCHIARO, *La conclusione del contratto telematico mediante i "software agents": un falso problema giuridico?*, in *Contratto e Impresa*, 2002, 2, p. 500.

¹⁵⁵ Nel caso, frequente, in cui il *software* non si programma dal medesimo soggetto che concluderà il contratto ma da un'altra persona, si può forse ravvisare una parziale applicazione dell'istituto della rappresentanza. L'utilizzatore determina criteri, limiti e obiettivi ma la gestione di questi e le modalità di raggiungimento sono insite nella programmazione e quindi individuate in parte da altro soggetto. Tale soggetto, forse, si può dire che operi come tramite tra l'utilizzatore ed il contratto ed a lui potrebbero essere applicate (anche analogicamente) le regole previste in materia di rappresentanza.

¹⁵⁶ F. BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Giuffrè, 2007, p. 241.

quindi ad affidarsi ai *software* e tale “fiducia”¹⁵⁷ presenta due facce complementari: fiducia nel proprio agente *software* e fiducia nell’agente altrui¹⁵⁸. La fiducia negli agenti che operano al nostro servizio porta a considerarlo una sorta di collaboratore che agisce per soddisfare le nostre richieste e i nostri bisogni. Uno dei possibili rischi, oltre al fatto che l’agente possa compiere degli errori, è che esso faccia il “doppio gioco” sfruttando la posizione a vantaggio di altri soggetti, per esempio trasmettendo informazioni riservate o interferendo negativamente contro i nostri interessi¹⁵⁹. La fiducia nell’agente altrui si manifesta invece nell’aspettativa che l’agente elettronico rispetti le regole di correttezza e buona fede e non danneggi ingiustamente i terzi con cui si trova a interagire.¹⁶⁰

7. Ipotesi di qualificazione dell’agente *software*.

In definitiva l’agente *software* può essere qualificato come una fonte di integrazione del contratto, o, più precisamente, come fonte oggettiva di integrazione della dichiarazione negoziale del contraente che si avvale di questo strumento. Non può quindi essere inquadrato nel meccanismo della rappresentanza ma in quello delle fonti di integrazione, sebbene operi in modo del tutto peculiare rispetto alle tradizionali fonti di integrazione. È un’integrazione volontaria, perché il contraente sceglie di avvalersene, ed oggettiva, perché basata su criteri oggettivi contenuti nel codice informatico.¹⁶¹

¹⁵⁷ Termine usato in senso evidentemente atecnico in quanto si parla di fiducia in un soggetto non umano e non dotato di una volontà propria al di là di quello che è il codice scritto e strutturato da chi ha creato il *software* stesso.

¹⁵⁸ “Infatti, nello scenario sopra prospettato, noi saremo al tempo stesso utilizzatori di agenti e interlocutori di agenti altrui” (G. SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?*, in *Contratto e impresa*, 2002, 2, p. 465).

¹⁵⁹ Tali operazioni sono evidentemente possibili soprattutto nel momento in cui l’agente *software* non è stato creato e impostato direttamente dal proprio utilizzatore bensì da altri soggetti terzi (quali tecnici informatici o aziende fornitrici di servizi informatici).

¹⁶⁰ Così G. SARTOR (*Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?*, in *Contratto e impresa*, 2002, 2, p. 465) che precisa: “Tale fiducia non può appoggiarsi sempre ed esclusivamente sulla garanzia offerta da norme giuridiche (cioè da regole coercibili, destinate ad essere imposte con la forza nel caso d’inottemperanza). La fiducia dovrà fondarsi anche sulle esperienze del singolo (relative ai comportamenti della controparte in rapporti precedenti), su processi di apprendimento collettivo (sulla formazione di una “reputazione”), su aspettative condivise ma non coercibili (convenzioni e consuetudini “etiche”). Tuttavia, la possibilità del ricorso a rimedi giuridici gioca un ruolo decisivo, quale integrazione e garanzia delle dinamiche sociali “spontanee” appena ricordate.”.

¹⁶¹ F. BRAVO, *Contratto cibernetico*, in *Dir. informatica*, 2011, 2, p. 169.

Ciò non toglie che la volontà del contraente sia ben presente nell'accordo: si tratta in primo luogo della volontà di ricorrere alla fonte eteronoma per integrare la volontà contrattuale ed in secondo luogo della volontà di far propri gli effetti di tale meccanismo.¹⁶² La volontà si manifesta poi nelle indicazioni fornite dall'utilizzatore all'agente *software*, ovvero nei criteri da questo stabiliti per giungere alla conclusione di un contratto soddisfacente.

Si può discutere se si tratti di una volontà compressa, limitata a taluni aspetti (che si traducono nell'impostazione di determinati criteri per l'operato del *software*) e poi completata dall'attività dell'agente¹⁶³, oppure se si tratti di una volontà già perfettamente completa e predeterminata dall'utilizzatore nella definizione dei criteri e rispetto alla quale l'agente opera come mero strumento di trasmissione di tale volontà già pienamente formata¹⁶⁴.

Ciò che è invece chiaro è che l'agente svolga un ruolo fondamentale nella formazione del contratto, che però rimane un accordo concluso da soggetti giuridici sulla base di una volontà sempre riconducibile a esseri umani (in proprio o quali rappresentanti di altri soggetti)¹⁶⁵.

8. L'errore dell'agente *software* e il principio di autoresponsabilità.

Fermo il principio che i soggetti che si avvalgono dei computer per concludere il contratto siano da questo vincolati, possono nascere dubbi e problemi quando qualcosa non funziona, quando per esempio si verifica un errore del programma. L'interrogativo è se si possa applicare a queste situazioni la disciplina dei vizi della volontà e, in

¹⁶² F. BRAVO, *Contratto cibernetico*, in *Dir. informatica*, 2011, 2, p. 169.

¹⁶³ Come sostenuto da F. BRAVO, *Contratto cibernetico*, in *Dir. informatica*, 2011, 2, p. 169.

¹⁶⁴ Come affermato invece da G. FINOCCHIARO, *La conclusione del contratto telematico mediante i "software agents": un falso problema giuridico?*, in *contratto e Impresa*, 2002, 2, p. 500.

¹⁶⁵ Tanto vale, evidentemente, al netto di eventuali nuove evoluzioni tecnologiche in materia di intelligenza artificiale. Non è infatti possibile escludere radicalmente (e peraltro ogni riflessione in merito esulerebbe dal contenuto tipico di un approfondimento in materia giuridica) che la scienza informatica non possa essere in grado di creare un'entità intelligente in grado di sviluppare veri e propri pensieri paragonabili a quelli tradizionalmente riservati alla mente umana.

particolare, dell'errore¹⁶⁶. La risposta più convincente appare quella affermativa in quanto, come visto, si può ricondurre l'esito delle attività svolte dall'elaboratore alla volontà di chi se ne serve¹⁶⁷. In tale contesto quindi il contratto concluso dall'agente *software* sarà annullabile quando viziato da un errore essenziale e riconoscibile in base ai parametri stabiliti dalla disciplina codicistica. Tali parametri subiranno evidentemente una ulteriore obiettivazione quando si dovrà indagare un errore che vizia una volontà espressa per tramite di un programma per elaboratore¹⁶⁸.

Non vi sono ragioni per escludere la possibilità di ricorrere all'annullabilità per errore del contratto concluso tramite agente *software*, ma la valutazione sulla fondatezza di una eventuale domanda di annullamento non potrà prescindere dalla considerazione dello specifico contesto del contratto cibernetico nonché dal fatto che la parte liberamente scelga di avvalersi dell'agente *software* accettando le conseguenze del suo operato. È infatti necessario che l'interprete non estenda esageratamente la possibilità di ricorrere all'annullamento per errore per non comprimere eccessivamente la portata del principio di autoresponsabilità. Tale principio permette di giustificare la validità di una volontà contrattuale erroneamente attribuita alla controparte sulla base di apparenze alla cui realizzazione la controparte stessa ha concorso¹⁶⁹. Il soggetto che si avvale dell'utilizzo dell'agente *software* ne accetta le relative conseguenze¹⁷⁰ e quindi se l'elaboratore esprime una dichiarazione contrattuale errata non è sempre corretto che l'utilizzatore possa liberarsi del vincolo contrattuale invocando una divergenza tra questo e la propria volontà (ossia l'annullamento per errore). Tale esigenza deve essere

¹⁶⁶ La violenza pare impossibile da applicare al *software* e il dolo non sembra offrire particolari spunti per una riflessione generale (che prescinda dall'analisi da ipotesi concrete) sull'istituto e sulla compatibilità con la contrattazione cibernetica.

¹⁶⁷ A. GENTILI, *Inefficacia e vizi della volontà della contrattazione telematica*, in V. RICCIUTO e N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Cedam, 2002, p. 150. L'Autore, a sostegno dell'applicabilità della disciplina dell'errore anche a queste figure contrattuali precisa che "quel che il nostro legislatore, come gli altri della tradizione giuridica europea, ha inteso assicurare non è tanto, in sé e per sé, l'autenticità del volere, quanto la razionalità nella formazione della regola e soprattutto nell'adesione della parte. E con essa, naturalmente, la tutela dell'affidamento della controparte".

¹⁶⁸ Per maggiore approfondimento in merito al funzionamento della disciplina dell'errore nei contratti cibernetici e alla connessa obiettivazione delle valutazioni rimesse all'interprete si veda F. BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Giuffrè, 2007, pp. 210 e ss..

¹⁶⁹ G. SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?*, in *Contratto e impresa*, 2002, 2, p. 465.

¹⁷⁰ Cioè concorre alla realizzazione dell'apparenza e dell'affidamento circa la conclusione di un valido contratto.

infatti bilanciata con l'affidamento della controparte sulla valida conclusione del contratto e con il fatto che il contraente che utilizza l'agente *software*, oltre ad avvalersi dei connessi benefici, se ne assume (almeno in parte) anche i potenziali rischi.

In conclusione, non ogni errore dell'agente *software* deve portare all'annullamento del contratto perché in alcune situazioni è giusto fare ricadere le conseguenze di tale errore sul soggetto che ha scelto di avvalersi dell'elaboratore per integrare la propria volontà e quindi precludere a quest'ultimo la possibilità di liberarsi del contratto¹⁷¹.

9. Tecnologia cibernetica ed esigenza di protezione dei dati personali.

Come l'essere umano utilizza la propria conoscenza per sviluppare pensieri e ragionamenti e per decidere come comportarsi, così l'agente *software* utilizza il bagaglio di informazioni a sua disposizione per elaborare i processi logici necessari per svolgere la propria attività¹⁷². La conoscenza dell'agente *software* è quindi basata su un patrimonio di informazioni raccolte nei modi più vari: ove non fornite direttamente dall'interessato le informazioni vengono raccolte online o addirittura acquistate da altri soggetti. Tali informazioni possono avere un contenuto ampissimo, si pensi ai dati raccolti dal sistema durante la navigazione online, la registrazione dei siti visitati, delle immagini visualizzate, del testo letto, dei video riprodotti e di ogni informazione trasmessa tramite sulla rete. Ulteriori informazioni possono poi essere generate

¹⁷¹ In questo senso G. FINOCCHIARO (*La conclusione del contratto telematico mediante i "software agents": un falso problema giuridico?*, in *contratto e Impresa*, 2002, 2, p. 500) che fa evidentemente salva la possibilità di agire nei confronti di chi ha prodotto o sviluppato l'agente *software* per i vizi che questo presenti. Sull'applicabilità del principio di autoreponsabilità è, in generele, concorde anche G. SARTOR (*Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?*, in *Contratto e impresa*, 2002, 2, p. 465) che però ne restringe in parte la portata: per esempio quando entrambi i contraenti si avvalgono di agenti *software* per la conclusione del contratto, la tutela dell'affidamento deve essere ridimensionata "*Quindi nessuno potrà ragionevolmente ritenere che la dichiarazione (la volontà) dell'agente della controparte riproduca una dichiarazione (una volontà) della controparte stessa: non vi è alcuna apparenza di volontà che meriti tutela in base al principio di autoreponsabilità. Se alle dichiarazioni degli agenti si attribuisce efficacia giuridica nella sfera dell'utilizzatore, ciò non si verifica in quanto tali dichiarazioni appaiano esprimere la volontà dell'utilizzatore (piuttosto che le autonome determinazioni dell'agente), ma in quanto si ritenga di dare riconoscimento giuridico alla scelta dell'utilizzatore di conferire all'agente il potere di svolgere con autonomia un'attività con effetti nella propria sfera giuridica.*"

¹⁷² F. BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Giuffrè, 2007, p. 291.

dall'elaboratore stesso mediante la combinazione dei diversi dati già raccolti¹⁷³. Questo vasto insieme di dati è utilizzato dagli operatori economici per effettuare la profilazione¹⁷⁴ del cliente (o del potenziale cliente) nello svolgimento di attività di marketing e di personalizzazione delle offerte¹⁷⁵. Si tratta frequentemente di grandi quantità di informazioni tali che in nessun modo potrebbero essere gestite da esseri umani ma che i computer sono in grado di elaborare e sfruttare in modo ogni giorno più efficiente.

Questo tipo di attività comporta un'evidente e preoccupante invasione della sfera privata dell'individuo con compressione degli stessi diritti fondamentali della persona. Ciò perché l'utente spesso non è in grado di sapere che i dati vengono raccolti, né in che modo avvengano la raccolta, la gestione e lo sfruttamento di queste informazioni personali. I rischi derivanti dalla profilazione rilevano su diversi piani, si pensi, oltre alla tutela della riservatezza in sé (esigenza di rango costituzionale), al rischio che l'individuo sia sottoposto a decisioni basate su informazioni errate o incomplete, o, comunque, all'enorme squilibrio che si viene a creare in materia contrattuale dal momento che una delle due parti ha una conoscenza estremamente approfondita anche delle più intime informazioni riguardanti la controparte. Da non sottovalutare poi il rischio di discriminazioni in quanto se l'agente *software* sulla base delle proprie informazioni calcola che sia più conveniente trattare con una determinata categoria di soggetti allora è possibile che escluda totalmente altre categorie dalla possibilità di concludere il contratto¹⁷⁶.

¹⁷³ E. PELINO, *I diritti dell'interessato*, in BOLOGNINI, PELINO e BISTOLFI (a cura di), *Il nuovo regolamento privacy europeo, Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Giuffrè, 2016, p. 271: "l'estrazione di modelli dell'individuo realizzati in maniera automatica rappresenta un vero e proprio atto creativo di nuovi dati personali".

¹⁷⁴ "Secondo il Regolamento la "profilazione" è una forma di trattamento automatizzato dei dati personali che valuta aspetti personali concernenti una persona fisica, in particolare al fine di analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato, se ciò produca effetti giuridici che la riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona." (A. CICCIA MESSINA e N. BERNARDI, *Privacy e Regolamento europeo*, Wolters Kluwer, 2016, p. 38.).

¹⁷⁵ F. BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Giuffrè, 2007, p. 293.

¹⁷⁶ S. GRUNDMANN, P. HACKER, *Digital technology as a challenge to european contract law. From the existing to the future architecture*, su *European Review of Contract Law*, 2017, 3, p. 255: "For example data mining and machine learning techniques are increasingly used to select job applicants. As a number of articles have shown, however, bias may enter these algorithmic processes at various instances of the

Da queste esigenze derivano le norme e gli istituti dedicati alla protezione dei dati personali in generale, nonché alla tutela dell'individuo nei confronti delle decisioni automatizzate. La protezione rispetto a questo specifico profilo non risulta nel nucleo originale delle tutele riconosciute dalla Convenzione 108/1981¹⁷⁷ ma è già contemplato dalla direttiva 95/46¹⁷⁸ e, conseguentemente, nella trasposizione italiana rappresentata dal Codice della Privacy¹⁷⁹. L'articolo 14 di detto codice si preoccupa, in primo luogo, di tutelare l'individuo dagli atti e provvedimenti giudiziari o amministrativi fondati esclusivamente su trattamenti automatizzati di dati personali volti a definire il profilo o la personalità dell'interessato; e in secondo luogo, permette all'individuo di opporsi ad ogni determinazione basata su questo tipo di trattamento, salvo che essa sia stata adottata in occasione della conclusione o dell'esecuzione di un contratto, in accoglimento di una proposta dell'interessato o sulla base di adeguate garanzie individuate dal Garante della Privacy.

I trattamenti automatizzati sono peraltro presi in considerazione anche dalla Dichiarazione dei diritti in internet¹⁸⁰ adottata il 28 luglio 2015 dalla Commissione per i diritti e i doveri di internet istituita presso la Camera dei Deputati. L'art. 8 di tale Dichiarazione stabilisce infatti che *“Nessun atto, provvedimento giudiziario o amministrativo, decisione comunque destinata ad incidere in maniera significativa nella sfera delle persone, possono essere fondati unicamente su un trattamento automatizzato di dati personali volto a definire il profilo o la personalità dell'interessato.”*. Tale affermazione è evidentemente orientata all'ambito del diritto

design and application of the algorithm - particularly in case of self-learning algorithms. This is a real concern when, for instance, the data of historically successful candidates constitute the training data in the machine learning; if, for historical reasons, these candidates were mostly white males, the algorithm will likely find white and male applicants more attractive.”

¹⁷⁷ Convenzione di Strasburgo n. 108/1981, ratificata dalla Legge 21 febbraio 1989, n. 98 (Ratifica ed esecuzione della convenzione n. 108 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale, adottata a Strasburgo il 28 gennaio 1981).

¹⁷⁸ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

¹⁷⁹ D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali.

¹⁸⁰ Il testo della Dichiarazione è disponibile sul sito www.camera.it.

pubblico e amministrativo, riguardando i rapporti tra cittadino e pubblici poteri¹⁸¹, ma aiuta a rendere l'idea della portata di tale problematica.

Il panorama normativo in materia di protezione dei dati personali è ora dominato dal Regolamento europeo 2016/679¹⁸² (comunemente individuato con l'acronimo GDPR¹⁸³) applicabile dal 25 maggio 2018, che contiene una disciplina specifica anche in materia di decisioni basate su trattamenti automatizzati nei rapporti tra privati.

10. La tutela dell'individuo rispetto alle decisioni automatizzate nel nuovo Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali.

In base all'art. 22 del GDPR l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida significativamente sulla sua persona. L'oggetto della disposizione è quindi doppiamente circostanziato: si applica alle decisioni che sono basate esclusivamente su trattamenti automatizzati e che hanno un certo livello di impatto sull'individuo (effetti giuridici o significativa incisività sulla persona). Il trattamento automatizzato non è quindi di per sé vietato e neppure lo è il fatto utilizzare gli esiti di tale trattamento, unitamente ad altri elementi, al fine di prendere una decisione. La profilazione infatti è lecita a condizione che siano rispettate le regole poste a tutela dei dati personali¹⁸⁴.

Gli esempi di trattamenti vietati sono molteplici e possono riguardare il diniego di una richiesta di finanziamento basata unicamente su un trattamento automatizzato finalizzato alla determinazione della presunta scarsa solvibilità del soggetto, o la sottoposizione dell'interessato a procedimenti tributari fondati esclusivamente su stime automatizzate del fatturato. Altro esempio può essere la decisione di escludere un

¹⁸¹ C. ABATANGELO (a cura di) *Problematiche giuridiche per l'impresa. Un'antologia*, FrancoAngeli Edizioni, 2017.

¹⁸² Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

¹⁸³ General Data Protection Regulation.

¹⁸⁴ A. RICCI, *I diritti dell'interessato*, G. FINOCCHIARO (opera diretta da), in *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli, 2017, p. 242.

candidato da una posizione lavorativa maturata unicamente sulla base dell'immagine sociale restituita dalla ricerca su un motore di ricerca in quanto il motore di ricerca opera secondo meccanismi automatizzati di indicizzazione¹⁸⁵.

L'articolo 22 GDPR contiene alcune deroghe ed individua i casi in cui le decisioni automatizzate sono ammissibili: quando la decisione sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; quando sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; o quando si basi sul consenso esplicito dell'interessato. È stato osservato che le menzionate esclusioni comportano una notevole compressione della tutela riconosciuta all'individuo anche in considerazione del fatto che non viene adeguatamente considerata la possibile (e frequente) posizione di debolezza dell'individuo nel momento in cui si trova a prestare il consenso a questo tipo di decisioni¹⁸⁶.

La dottrina italiana di commento al GDPR nel descrivere questo diritto sembra qualificarlo come una facoltà dell'interessato di opporsi alle decisioni basate su trattamenti automatizzati inoltrando specifica richiesta al titolare del trattamento¹⁸⁷. Tuttavia l'interpretazione del gruppo di lavoro comunemente noto come WP29¹⁸⁸

¹⁸⁵ E. PELINO, *I diritti dell'interessato*, in BOLOGNINI, PELINO e BISTOLFI (a cura di), *Il nuovo regolamento privacy europeo, Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Giuffrè, 2016, p. 272. S. GRUNDMANN, P. HACKER, *Digital technology as a challenge to european contract law. From the existing to the future architecture*, su *European Review of Contract Law*, 2017, 3, p. 255.

¹⁸⁶ E. PELINO, *I diritti dell'interessato*, in BOLOGNINI, PELINO e BISTOLFI (a cura di), *Il nuovo regolamento privacy europeo, Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Giuffrè, 2016, p. 274.

¹⁸⁷ A. RICCI, *I diritti dell'interessato*, G. FINOCCHIARO (opera diretta da), in *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli, 2017, p. 245; E. PELINO, *I diritti dell'interessato*, in BOLOGNINI, PELINO e BISTOLFI (a cura di), *Il nuovo regolamento privacy europeo, Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Giuffrè, 2016, p. 269.

¹⁸⁸ Il Gruppo è stato istituito dall'art. 29 della direttiva 95/46, è un organismo consultivo e indipendente, composto da un rappresentante delle autorità di protezione dei dati personali designate da ciascuno Stato membro, dal GEPD (Garante europeo della protezione dei dati), nonché da un rappresentante della Commissione. Il presidente è eletto dal Gruppo al suo interno ed ha un mandato di due anni, rinnovabile una volta. Il Gruppo adotta le sue decisioni a maggioranza semplice dei rappresentanti delle autorità di controllo. Fra i compiti più rilevanti tra quelli disciplinati dall'art.30 della direttiva: esaminare le questioni attinenti all'applicazione delle norme nazionali di attuazione della direttiva; formulare pareri sul livello di tutela nella Comunità e nei paesi terzi; consigliare la Commissione in merito ad ogni progetto di modifica della direttiva, ogni progetto di misure addizionali o specifiche da prendere ai fini della tutela dei diritti e delle libertà, nonché in merito a qualsiasi altro progetto di misure comunitarie che incidano su tali diritti e

qualifica l'art. 22 GDPR come un generale divieto di decisioni individuali automatizzate, salva la ricorrenza delle menzionate condizioni di ammissibilità¹⁸⁹.

In ogni caso, laddove le decisioni basate su trattamento automatizzato sono permesse, il Regolamento europeo prevede rilevanti salvaguardie per l'individuo. Il primo livello di tutela per l'interessato è rappresentato dagli obblighi di trasparenza: il titolare del trattamento è infatti tenuto a informare l'interessato dell'esistenza di un processo decisionale automatizzato (compresa la profilazione), ed a fornire informazioni significative sulla logica utilizzata dall'elaboratore, nonché sull'importanza e le prevedibili conseguenze di tale trattamento per l'interessato¹⁹⁰. Il titolare del trattamento è inoltre tenuto ad attuare misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'individuo e deve riconoscere all'interessato il diritto a ottenere l'intervento umano nella decisione, a esprimere la propria opinione ed a contestare la decisione¹⁹¹. L'esistenza di decisioni automatizzate rientra peraltro tra gli indici ai quali il gruppo di lavoro WP29 ricollega l'obbligo del titolare del trattamento di effettuare la c.d. valutazione di impatto sulla protezione dei dati¹⁹².

A tale disciplina, così come a quella contenuta nel GDPR nel suo complesso, sono collegate pesanti sanzioni amministrative: la violazione del divieto di decisioni automatizzate, o, nei casi in cui il divieto non si applichi, degli obblighi imposti dal GDPR, è sanzionata in base all'art. 83.5.b del Regolamento europeo e quindi fino a

libertà; formulare pareri sui codici di condotta elaborati a livello comunitario; formulare di propria iniziativa raccomandazioni su qualsiasi questione riguardi la protezione dei dati personali nella Comunità; definire i criteri di adeguatezza per i paesi terzi. (definizione del Gruppo di lavoro ex articolo 29 tratta dal sito internet del Garante della Privacy, www.garanteprivacy.it).

¹⁸⁹ Provvedimento adottato il 3 ottobre 2017, (Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679): “Article 22(1) sets out a general prohibition on solely automated individual decision with a significant effect, as described above.”.

¹⁹⁰ Art. 6 GDPR.

¹⁹¹ Così l'art. 22.3 GDPR. Inoltre il quarto paragrafo del medesimo articolo aggiunge ulteriori tutele per il caso in cui i dati personali posti alla base delle decisioni automatizzate rientrino nelle categorie di dati sensibili individuate dall'art. 9 GDPR, ovvero: “*dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona*”.

¹⁹² La valutazione d'impatto sulla protezione dei dati è un istituto, introdotto dall'art. 35 del GDPR, che rappresenta una procedura interna che il titolare è tenuto a svolgere per indagare in primo luogo le caratteristiche del trattamento e la relativa proporzionalità e conformità alla legge, ed in secondo luogo i possibili rischi per gli individui ai quali i dati si riferiscono, allo scopo di individuare ulteriori misure di salvaguardia e di stabilire la necessità di consultare l'autorità di controllo prima di effettuare il trattamento.

Euro 20.000.000 (venti milioni) o, per le imprese, fino al 4% del fatturato mondiale totale annuo, se superiore¹⁹³.

¹⁹³ E. PELINO, *I diritti dell'interessato*, in BOLOGNINI, PELINO e BISTOLFI (a cura di), *Il nuovo regolamento privacy europeo, Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Giuffrè, 2016, p. 270. L'autore ritiene che parametri più precisi debbano essere definiti con linee guida di successiva emanazione.

- Parte II -
LA FORMAZIONE.

Sezione II: La conclusione del contratto.

*

CAPITOLO 5

IL DOCUMENTO INFORMATICO COME “STRUMENTO” DEL CONTRATTO TELEMATICO.

1. Il documento informatico e il suo ruolo nei contratti telematici. 2. Le diverse tipologie di firma informatica. 3. Segue. La firma elettronica (semplice). 4. Segue. La firma elettronica avanzata. 5. Segue. La firma elettronica qualificata. 6. Segue. La firma digitale. 7. Le firme informatiche e i contratti a forma vincolata ex art. 1350 c.c.. 8. L'efficacia probatoria dei documenti informatici. 9. Cenni sul documento informatico con firma elettronica autenticata e sull'atto pubblico notarile informatico.

1. Il documento informatico e il suo ruolo nei contratti telematici.

Prima di entrare nel cuore dello studio della formazione del contratto telematico è opportuno affrontare ed analizzare un istituto che ne rappresenta in parte il presupposto perché risponde alla necessità di identificare il soggetto che effettua la dichiarazione negoziale attraverso internet¹⁹⁴. Il primo problema che si pone di fronte all'interprete è infatti proprio quello di attribuire la dichiarazione contrattuale (proposta, accettazione, ma anche invito a proporre e conferma d'ordine) ad un determinato soggetto all'interno di un contesto in cui è evidentemente impossibile applicare il meccanismo dell'apposizione della sottoscrizione autografa¹⁹⁵.

¹⁹⁴ “Di qui il sorgere per il giurista di una serie di problemi collegati all'adeguamento del nuovo sistema ai criteri tradizionali. Il primo di essi -è stato osservato- è quello dell'imputabilità della manifestazione di volontà laddove essa si traduce in un impulso elettronico attivato dalla parte sull'elaboratore o sul terminale.” (V. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, Maggioli, 1989, p. 169). “Signatures serve a particular legal function: a) Identification of the signatory, a person has performed an action; b) Proof of the declaration of will of the signatory” (G.I. ZEKOS, *Legal problems of commercial transactions in cyberspace: an overview*, su *Cyberspace and Law*, 2001, p. 123).

¹⁹⁵ Tale problema venne sollevato peraltro da una nota sentenza del Giudice di Pace di Partanna, una delle prime pronunce che si registrano in materia di contratti conclusi *online*. In quel caso l'offerta contenuta

La firma elettronica -o informatica¹⁹⁶- (nelle varie forme e tipologie) rappresenta lo strumento fondamentale per la conclusione del contratto online in quanto permette di attribuire -con un grado di certezza più o meno elevato a seconda della tipologia- ad un soggetto la dichiarazione contrattuale formulata per mezzo degli strumenti informatici¹⁹⁷. In altre parole, essa risponde alla necessità di accertare che la proposta contrattuale, e la dichiarazione contenente l'accettazione, siano effettivamente riferibili a quel soggetto che ne appare autore. D'altronde la contrattazione telematica, avviene per definizione "a distanza" ed attraverso strumenti fino a pochi anni fa inesistenti, e quindi ha richiesto nuovi strumenti giuridici per permettere all'operatore del diritto di verificare e accertare che la dichiarazione contrattuale provenga effettivamente dal suo apparente titolare. Per questo il legislatore italiano, già dalla fine del secolo scorso¹⁹⁸, ha introdotto l'istituto della firma elettronica con le sue diverse declinazioni che saranno qui brevemente analizzate in via preliminare rispetto allo studio delle diverse modalità di conclusione del contratto.

In tale contesto è interessante evidenziare che l'Italia sia stato uno dei primi Paesi a dare rilievo al documento informatico e ad introdurre l'istituto della firma digitale precedendo anche il legislatore europeo¹⁹⁹. Il documento informatico fa la sua comparsa nel panorama normativo italiano nel 1997 quando, con la legge n. 59/1997, viene stabilito il principio di equivalenza tra cartaceo e informatico per i documenti destinati a

all'interno del sito di commercio elettronico veniva qualificata come invito a proporre e il Giudice segnalava la necessità di perfezionare l'accordo con mezzi tradizionali "*in modo che possa essere valutata la provenienza delle richieste...*". La sentenza del G.d.P. di Partanna del 1° febbraio 2002 è pubblicata su *Contr.*, 2002, 869, con nota di G. CASSANO e I.P. CIMINO, *Contratto con Internet e tutela della parte debole*.

¹⁹⁶ Il termine "firma informatica" viene utilizzato in queste pagine in senso volutamente generico per ricomprendere tutte le tipologie di firma: elettronica, elettronica avanzata, elettronica qualificata e digitale.

¹⁹⁷ La questione si pone tanto nei rapporti B2B (dove i contratti si concludono spesso attraverso scambi di comunicazioni informatiche individualizzate e dove si ravvisa l'esigenza di avere documenti con efficacia probatoria equivalente alla scrittura privata), tanto nei rapporti B2C (dove è necessario comunque accertare che la dichiarazione provenga dal suo presunto autore e, in taluni casi, anche soddisfare il requisito della forma scritta).

¹⁹⁸ Quando ancora forse l'esigenza era meno avvertita rispetto ad oggi stante la minore diffusione degli strumenti telematici.

¹⁹⁹ C. CEVENINI e G. ZICCARDI, *The legal framework of digital signature in Italy*, su *Cyberspace and law*, 2000, p. 193; E. TOSI, *Diritto privato dell'informatica e di internet*, Giuffrè, 2010).

circolare all'interno della Rete unitaria delle pubbliche amministrazioni (RUPA)²⁰⁰. Nello stesso anno viene emanato il D.P.R. attuativo della Legge 59/1997 il quale, definendo in maniera più completa il concetto di documento informatico, stabilisce che quello sottoscritto con firma digitale²⁰¹ ha efficacia di scrittura privata ai sensi dell'art. 2702 c.c.. Il quadro normativo²⁰² dell'epoca viene poi completato dal D.P.C.M. 8 febbraio 1999 che conferma il sistema basato sulla piena equiparazione del documento informatico munito di firma digitale alla tradizionale scrittura privata sottoscritta su supporto cartaceo. Il regolamento del 1997 è stato poi abrogato dal D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 che, raccogliendo le norme sul documento informatico e sulla firma digitale, ha confermato l'equiparazione di cui sopra²⁰³.

In questo contesto di diritto interno si inserisce la direttiva 1999/93/CE, destinata a portare profondi cambiamenti nelle normative di diritto interno, a partire dall'introduzione del principio di neutralità tecnologica che vieta ai legislatori degli Stati membri di fare riferimento a determinati standard tecnologici all'interno delle norme in materia di firma elettronica²⁰⁴. Fanno così ingresso nell'ordinamento comunitario, accanto alla firma digitale, le altre tipologie di firma ed in particolare la firma elettronica²⁰⁵ e la firma elettronica avanzata²⁰⁶.

²⁰⁰ Legge 15 marzo 1997, n. 59, art 15, comma secondo: *“Gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge.”*

²⁰¹ L'art. 10 del D.P.R. 10 novembre 1997, n. 513, rubricato *“Firma digitale”* precisa che: *“1. A ciascun documento informatico, o a un gruppo di documenti informatici, nonché al duplicato o copia di essi, può essere apposta, o associata con separata evidenza informatica, una firma digitale. 2. L'apposizione o l'associazione della firma digitale al documento informatico equivale alla sottoscrizione prevista per gli atti e documenti in forma scritta su supporto cartaceo. 3. La firma digitale deve riferirsi in maniera univoca ad un solo soggetto ed al documento o all'insieme di documenti cui è apposta o associata. 4. Per la generazione della firma digitale deve adoperarsi una chiave privata la cui corrispondente chiave pubblica non risulti scaduta di validità ovvero non risulti revocata o sospesa ad opera del soggetto pubblico o privato che l'ha certificata.”*

²⁰² Strutturato su 3 livelli: la legge fondamentale, il regolamento (D.P.R.) e le regole tecniche (contenute nel D.P.C.M.).

²⁰³ G. BUONOMO e A. MERONE, *La scrittura privata informatica: firme elettroniche, valore probatorio e disconoscimento in giudizio (alla luce delle modifiche introdotte dalla l. 221/2012)*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, p. 258.

²⁰⁴ La ratio di tale norma europea era dichiaratamente quello di favorire la libera circolazione di prodotti e servizi nel campo delle firme elettroniche (si vedano in proposito i considerando n. 3 e 4).

²⁰⁵ Definita dall'art. 2 della Direttiva 1999/93/CE come *“dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici ed utilizzata come metodo di autenticazione”*.

²⁰⁶ Definita dall'art. 2 della Direttiva 1999/93/CE come: *“una firma elettronica che soddisfi i seguenti*

Negli anni seguenti si sono succedute diverse norme con incisione più o meno significativa sul quadro delineato dal T.U.D.A., fino ad arrivare al Codice dell'amministrazione digitale (c.d. CAD, D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82), fondamentale tappa di riordino e per lungo tempo punto di riferimento esclusivo in materia di firme elettroniche²⁰⁷.

Il CAD introduce la firma elettronica qualificata, fornisce una nuova definizione di firma digitale e cataloga le varie tipologie di sottoscrizione informatica in relazione alle diverse caratteristiche ed ai relativi effetti giuridici.

Il primo luglio 2016 è entrato in vigore il Regolamento Europeo n. 910/2014 (c.d. Regolamento eIDAS) che disciplina ed armonizza a livello europeo la normativa in materia di firme elettroniche la quale era precedentemente regolata dalle norme di diritto interno derivanti dalla direttiva 1999/93/CE. Nel panorama italiano il regolamento non ha comportato modifiche sostanziali rispetto alla consolidata disciplina del CAD, al di là di alcune novità nelle definizioni e nella terminologia precedentemente utilizzata; ciononostante dal punto di vista formale è mutata la fonte legislativa in quanto molte delle norme precedentemente contenute nel CAD sono state esplicitamente abrogate e sostituite da quelle del regolamento europeo²⁰⁸. In tale quadro si inseriscono poi le ulteriori modifiche al CAD di cui al D.Lgs 217/2017 il quale ha introdotto un nuovo processo di firma che va ad affiancarsi alle firme elettroniche (debole, avanzata, qualificata) e alla firma digitale²⁰⁹.

requisiti: a) essere connessa in maniera unica al firmatario; b) essere idonea ad identificare il firmatario; c) essere creata con mezzi sui quali il firmatario può conservare il proprio controllo esclusivo; d) essere collegata ai dati cui si riferisce in modo da consentire l'identificazione di ogni successiva modifica di detti dati."

²⁰⁷ Il CAD è stato poi oggetto di diversi interventi e modifiche, a partire dal D.Lgs. 4 aprile 2006, n. 159 che riscrisse i fondamentali articoli 20 e 21 fino al recente D.Lgs. 179/2016.

²⁰⁸ Tale abrogazione è probabilmente dovuta alla finalità di evitare conflitti tra norma interna e norma europea. In caso di contrasto ovviamente si sarebbe avuta la disapplicazione della disciplina italiana ma per ragioni di chiarezza e coerenza quest'ultima è stata esplicitamente abrogata.

²⁰⁹ Così la nuova formulazione del comma 1 bis dell'art. 20 CAD: *"Il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immutabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di*

2. Le diverse tipologie di firma informatica.

Il legislatore utilizza lo strumento cognitivo della metafora nel coniare termini e definizioni relativi agli strumenti individuati per ricondurre ad un determinato soggetto l'insieme di dati rappresentante la dichiarazione negoziale espressa con strumenti informatici. È infatti evidente che la definizione tradizionale di firma (*“Il nome e il cognome con cui si sottoscrive un documento per conferma o accettazione del contenuto”*²¹⁰) dal punto di vista sostanziale non abbia nulla a che vedere con il concetto di firma informatica: esse condividono esclusivamente parte del trattamento giuridico²¹¹.

In primo luogo è necessario precisare quale sia l'oggetto della firma informatica: essa viene apposta sul documento informatico che è normativamente definito come *“il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti”*²¹².

Si può quindi procedere a brevemente descrivere le caratteristiche e le differenze delle diverse tipologie di firma informatica, così come delineate dal Codice dell'amministrazione digitale²¹³ e dal Regolamento 910/2014, e quindi alle firme elettroniche debole, avanzata e qualificata, nonché alla firma digitale.

sicurezza, integrità e immodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida.”

²¹⁰ Definizione tratta da: <http://www.treccani.it/enciclopedia/ricerca/firma>.

²¹¹ Come evidenziato in G. FINOCCHIARO e F. DELFINI, *Diritto dell'informatica*, UTET 2014, p. 311, le firme informatiche si basano sulla tecnica, la sottoscrizione si basa sulla grafia; Le firme informatiche sono il risultato di una procedura tecnologica, mentre la sottoscrizione è il risultato di un gesto umano.

²¹² Art. 1, lett. p) del Codice dell'amministrazione digitale (D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82).

²¹³ Il fatto che le disposizioni in materia fossero contenute in un testo normativo finalizzato principalmente alla regolazione dei rapporti interni alla pubblica amministrazione non deve indurre l'interprete a ritenere che esse fossero applicabili esclusivamente in tale ambito in quanto la loro rilevanza si estende ad ogni tipo di rapporto giuridico ed, evidentemente, anche alle relazioni intercorrenti esclusivamente tra privati.

3. *Segue. La firma elettronica (semplice).*

La firma elettronica (semplice o debole) era precedentemente definita dal CAD²¹⁴ ma tale definizione è stata abrogata dal D.Lgs. 179/2016 al fine di massimizzare l'armonizzazione con il Regolamento Europeo²¹⁵.

Attualmente la firma elettronica è definita dal Regolamento 910/2014 (c.d. eIDAS) come “*dati in forma elettronica, acclusi oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici e utilizzati dal firmatario per firmare*”²¹⁶. Si tratta di una definizione molto ampia ed elastica che ricomprende una grande varietà di metodi e meccanismi di identificazione. Tradizionalmente le firme elettroniche vengono suddivise in tre categorie: “*something you know*” come per esempio la conoscenza di un codice o di un numero di identificazione personale; “*something you are*”, quando l'identificazione avviene attraverso le caratteristiche fisiche dell'utente (ad esempio con l'impronta digitale); e “*something you have*” per l'identificazione basata su un oggetto in possesso dell'utente (come una tessera magnetica)²¹⁷. Nella prassi, tra le modalità di firma elettronica semplice più diffuse, troviamo l'utilizzo della *password* (che viene fornita solo ad uno specifico soggetto) e l'utilizzo della firma autografa apposta su un foglio successivamente digitalizzato con una scansione. Anche una *email*, sebbene non munita di firma digitale, ben può essere considerata dotata di firma elettronica perché per poterla inviare da un indirizzo è necessario conoscere le relative credenziali di accesso. In tal senso si è recentemente espresso il Tribunale di Milano²¹⁸ che ha riconosciuto al messaggio *email* il valore di documento informatico firmato con firma

²¹⁴ Art. 1, lett q) del Codice dell'amministrazione digitale (D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82): “*l'insieme dei dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzati come metodo di identificazione informatica*”.

²¹⁵ Che in ogni caso avrebbe prevalso sulla norma di diritto interno per effetto del principio della disapplicazione della norma interna contrastante con il diritto dell'Unione Europea.

²¹⁶ Reg. Europeo (c.d. eIDAS) 910/2014, art 3 “Definizioni”, punto 10. Tale definizione è sostanzialmente sovrapponibile a quella precedentemente contenuta nel CAD con l'unica differenza che il Regolamento fa espresso riferimento al fatto che i dati in forma elettronica vengono *utilizzati dal firmatario per firmare*.

²¹⁷ G. FINOCCHIARO, *Firme elettroniche e firma digitale*, in G. FINOCCHIARO e F. DELFINI, *Diritto dell'informatica*, UTET, 2014, p. 313.

²¹⁸ Trib. Milano, sent. n. 11402/2016, pubbl. il 18.10.2016, disponibile su www.studiocataldi.it. Che ha oltretutto richiamato espressamente l'art. 46 del Reg. Europeo 910/2014 laddove stabilisce che “*a un documento elettronico non sono negati gli effetti giuridici e la ammissibilità come prova in procedimenti giudiziari per il solo motivo della sua forma elettronica*”.

elettronica non qualificata confermando un già consolidato orientamento giurisprudenziale²¹⁹.

Si può trovare un altro interessante esempio di firma elettronica non qualificata nel prelievo bancomat: il prelevante viene identificato sulla base di due parametri, ossia la tessera del bancomat (*something you have*) e il codice PIN (*something you know*) ed in tal modo sottoscrive elettronicamente la propria richiesta di prelievo la quale viene automaticamente eseguita dalla banca con l'erogazione del contante²²⁰.

A norma dell'art. 20 del CAD il documento informatico cui è apposta una firma elettronica soddisfa il requisito della forma scritta e sul piano probatorio è liberamente valutabile in giudizio tenuto conto delle caratteristiche di, sicurezza, integrità e immodificabilità²²¹. Al giudice è quindi riconosciuta una forte discrezionalità perché esistendo moltissimi tipi di firme elettroniche è necessario valutare in concreto quali di queste possano essere considerate affidabili in base ai parametri forniti dal citato art. 20. Il regolamento eIDAS contiene inoltre un principio di non discriminazione della firma elettronica rispetto a quella cartacea all'articolo 25 che recita: *“a una firma elettronica non possono essere negati gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova in procedimenti giudiziari per il solo motivo della sua forma elettronica o perché non soddisfa i requisiti delle firme elettroniche qualificate”*.

4. Segue. La firma elettronica avanzata.

Anche in riferimento a questa tipologia di firma la definizione del CAD è stata espressamente abrogata²²² in conseguenza dell'entrata in vigore del Regolamento

²¹⁹ Si veda per esempio Trib. Prato 15 aprile 2011, in *Foro It.*, 2011, 1, c. 3198 nonché le altre pronunce citate da G. BUONOMO e A. MERONE, *La scrittura privata informatica: firme elettroniche, valore probatorio e disconoscimento in giudizio (alla luce delle modifiche introdotte dalla l. 221/2012)*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, p. 269.

²²⁰ G. BUONOMO e A. MERONE, *La scrittura privata informatica: firme elettroniche, valore probatorio e disconoscimento in giudizio (alla luce delle modifiche introdotte dalla l. 221/2012)*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, p. 258.

²²¹ La versione della norma previgente (ante 217/2017) riportava all'art. 20 quattro criteri affiancando a quelli appena menzionati anche la “qualità”.

²²² Sempre dal D.lgs. 179/2016.

Europeo. Essa è ora definita dall'Articolo 26 del Regolamento come la firma elettronica che soddisfa determinati requisiti elencati dall'articolo medesimo²²³.

La firma elettronica avanzata presenta un più elevato livello di sicurezza nel riferire un documento ad un determinato autore ma non è ancora suscettibile di essere equiparata alla firma autografa.

È interessante notare che, nonostante la norma europea elenchi una serie dettagliata di condizioni, essa non impone specifiche modalità per il soddisfacimento di queste: si tratta quindi di un esempio di applicazione del principio di neutralità tecnologica²²⁴, finalizzato a favorire la libera circolazione dei servizi di firma elettronica.

Un esempio²²⁵ di firma elettronica avanzata è la firma grafometrica (già diffusa nelle relazioni routinarie tra banche e clienti), ossia quella che viene apposta su un particolare *tablet* idoneo a memorizzare alcune caratteristiche biometriche come la velocità del movimento, la pressione, l'accelerazione e il numero di volte in cui la penna viene sollevata.

La riforma del CAD attuata dal D.Lgs. 217/2017 ha introdotto una nuova tipologia di firma descritta come quel processo di identificazione “*avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immutabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore*”²²⁶. Le modalità tecniche con le quali può essere apposta questa sottoscrizione non sono quindi ancora state definite dal legislatore il quale ha però già chiarito la sua efficacia. Tale processo è infatti affiancato alla firma elettronica avanzata con la quale condivide il medesimo valore: ha l'efficacia prevista dall'art 2707 c.c. e soddisfa il requisito di forma scritta ad eccezione dei casi previsti sotto pena di nullità dall'art. 1350, primo comma, numeri da 1 a 12 del codice civile²²⁷.

²²³ Reg. Europeo 910/2014, art. 26. “*Una firma elettronica avanzata soddisfa i seguenti requisiti: a) è connessa unicamente al firmatario; b) è idonea a identificare il firmatario; c) è creata mediante dati per la creazione di una firma elettronica che il firmatario può, con un elevato livello di sicurezza, utilizzare sotto il proprio esclusivo controllo; e d) è collegata ai dati sottoscritti in modo da consentire l'identificazione di ogni successiva modifica di tali dati.*”

²²⁴ G. FINOCCHIARO, *Una prima lettura del reg. ue n. 910/2014 (c.d. eidas): identificazione on line, firme elettroniche e servizi fiduciari*, su *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2015, 3, p. 419.

²²⁵ G. FINOCCHIARO, *Firme elettroniche e firma digitale*, in G. FINOCCHIARO e F. DELFINI, *Diritto dell'informatica*, UTET, 2014, p. 318.

²²⁶ La definizione si trova nell'art. 20, comma 1 bis del CAD come riformato dal D.Lgs. 217/2017.

²²⁷ Artt. 20 e 21 del CAD come riformati dal D.Lgs. 217/2017.

5. *Segue.* La firma elettronica qualificata.

La firma elettronica qualificata rappresenta a sua volta un sottoinsieme della firma elettronica avanzata ed è definita come una firma elettronica avanzata creata da un dispositivo per la creazione di una firma elettronica qualificata e basata su un certificato qualificato per firme elettroniche²²⁸.

Il principio di neutralità tecnologica è qui in parte sacrificato al fine di favorire una maggiore sicurezza nell'attribuzione del documento al suo autore per il quale il legislatore ha ritenuto necessario definire le modalità tecniche con le quali deve essere apposta questa tipologia di firma.

La disciplina degli effetti giuridici della firma elettronica qualificata è ora in parte contenuta nel già citato art. 25 del Regolamento 910/2014 che, al comma secondo, ne stabilisce la piena equiparazione alla firma autografa.

Nell'ottica di favorire la libera circolazione dei servizi, nonché la circolazione dei documenti informatici il legislatore europeo ha poi precisato che la firma elettronica qualificata basata su un certificato qualificato rilasciato in uno Stato membro è riconosciuta quale firma elettronica qualificata in tutti gli altri Stati membri²²⁹.

Sempre in ambito bancario troviamo un diffuso esempio di firma elettronica qualificata: al fine di identificare il cliente con la maggiore sicurezza possibile spesso le banche forniscono ai clienti degli apparecchi (denominati *token*) che generano codici pseudocasuali che vengono cambiati con frequenza di poche decine di secondi. Questo permette al cliente che si trova in possesso del *token* di utilizzare quello specifico codice che il sistema informatico della banca riconosce come corretto. Tale strumento, unitamente all'utilizzo di codici di identificazione fissi (nome utente e *password*)

²²⁸ Anche questa definizione è ora contenuta nel Reg. Europeo 910/2014 (art 3, lett. 12). In precedenza la definizione era fornita, in maniera sostanzialmente sovrapponibile, dall'abrogata lett. r) dell'art. 1 del CAD.

²²⁹ Reg. Europeo 910/2014, art 25, comma 3.

permette un elevato grado di certezza nella verifica che la disposizione data attraverso gli strumenti informatici provenga effettivamente dal cliente²³⁰.

6. Segue. La firma digitale.

La firma digitale non è menzionata nel Regolamento Europeo 910/2014 ma, alla luce delle sue caratteristiche, rientra a pieno titolo nella definizione di firma elettronica qualificata della quale rappresenta una *species* attualmente prevista e regolata dalle norme del CAD²³¹.

La firma digitale rimane quindi definita dal CAD: “*un particolare tipo di firma qualificata basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici*”²³².

La definizione, a prima vista complessa e articolata, nasconde tuttavia una procedura piuttosto agevole per l'utente che intende utilizzarla: per apporre la firma digitale è necessario essere in possesso di un certificato che permette di cifrare il documento informatico e siccome la c.d. chiave privata è in possesso del solo titolare del certificato solo costui potrà cifrare il file in un certo modo (e così apporre la propria firma digitale). Alla c.d. chiave privata è associata una chiave pubblica che è disponibile per chiunque voglia verificare la firma: con tale chiave è possibile accedere al *file* e verificare che sia stato cifrato esattamente dal soggetto a cui la firma si riferisce.

La firma digitale è uno degli strumenti di firma elettronica qualificata più utilizzati nel nostro Paese, anche alla luce del fatto che diverse norme ne prescrivono espressamente l'utilizzo escludendo il ricorso ad altri strumenti di firma informatica e, talvolta, anche alla sottoscrizione cartacea; si pensi per esempio agli atti processuali da depositare

²³⁰ G. BUONOMO e A. MERONE, *La scrittura privata informatica: firme elettroniche, valore probatorio e disconoscimento in giudizio (alla luce delle modifiche introdotte dalla l. 221/2012)*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, p. 258.

²³¹ Oltre che, evidentemente, dalle norme di fonte europea applicabili alla firma elettronica qualificata.

²³² Art. 1, lett s) del Codice dell'amministrazione digitale (D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82).

telematicamente che, in base alle regole introdotte dal D.l. 179/2012, devono obbligatoriamente (ed esclusivamente) essere muniti di firma digitale²³³.

7. Le firme informatiche e i contratti a forma vincolata ex art. 1350 c.c..

Dopo avere dato definizione delle diverse tipologie di firma ed avere chiarito quali di queste sono equivalenti alla firma autografa è utile fare una breve parentesi sul loro trattamento giuridico ed in particolare sulla possibilità di contestarne l'autenticità quando vengono prodotte come prove in giudizio.

Sul piano sostanziale, come anticipato, il Regolamento europeo 910/2014 stabilisce che al documento informatico non possono essere negati effetti giuridici per il solo motivo della sua firma elettronica o della mancanza di firma elettronica qualificata. Ciononostante il CAD²³⁴, nella versione riformata dal D.l. 179/2016²³⁵, pur specificando che il documento informatico con firma elettronica (debole) soddisfa il requisito della forma scritta, precisa poi che le scritture private se fatte con un documento informatico devono essere a pena di nullità munite di firma elettronica qualificata o digitale (solo per le scritture di cui al n. 13 di detto articolo è altresì ammessa la firma elettronica avanzata o il nuovo processo introdotto dal D.Lgs. 217/2017).

8. L'efficacia probatoria dei documenti informatici.

Dal punto di vista probatorio è noto che quando al documento cartaceo è apposta la sottoscrizione autografa, la parte contro cui esso è prodotto ha la possibilità di disconoscerlo; per questa ragione esiste il procedimento di verifica della scrittura per mezzo del quale si valuta con l'ausilio di un esperto grafologo se i segni apposti in

²³³ A tal proposito si evidenzia che la recente riforma del CAD (D.Lgs. 217/2017) ha precisato nel comma 1 quater dell'art. 20 del CAD che: *Restano ferme le disposizioni concernenti il deposito degli atti e dei documenti in via telematica secondo la normativa, anche regolamentare, in materia di processo telematico.*

²³⁴ Art. 21 del Codice dell'amministrazione digitale (D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82).

²³⁵ La norma è quindi successiva all'entrata in vigore del Regolamento e le modifiche citate sono in gran parte derivanti proprio dalla necessità di coordinare la disciplina del CAD alla nuova normativa europea.

calce al documento siano effettivamente riferibili al presunto autore. Un simile procedimento è evidentemente impossibile da applicare alla firme elettroniche.

A tale scopo il legislatore ha specificato alcune regole sulla rilevanza probatoria dei documenti informatici le quali sono raccolte sempre nel CAD²³⁶. A questo proposito è necessario distinguere nettamente tra documenti informatici privi di sottoscrizione, documenti muniti di firma elettronica debole e documenti muniti di firma elettronica forte (avanzata, qualificata o digitale).

Al documento informatico (privo di firma) è attribuito valore probatorio equivalente a quello delle riproduzioni meccaniche in quanto l'art. 23 quater del CAD lo ha aggiunto nell'elenco contenuto nell'art. 2712 c.c. (insieme a quelle fotografiche, cinematografiche e fonografiche); esso pertanto fa piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale viene prodotto non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime²³⁷.

In base al menzionato art. 21 del CAD il documento informatico con firma elettronica²³⁸ (debole) è liberamente valutabile in giudizio tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immutabilità. Il valore probatorio del documento sarà quindi determinato in concreto dal giudice valutando tali caratteristiche di affidabilità. La firma elettronica impedisce pertanto di negare interamente l'efficacia del documento ma le minori specifiche di sicurezza non consentono, anche in assenza di disconoscimento, di attribuire al documento l'efficacia di "piena prova" fino a querela di falso della provenienza delle dichiarazioni da chi lo ha sottoscritto²³⁹.

In riferimento invece alle firme dotate di maggiore sicurezza (firma elettronica avanzata, qualificata e digitale, nonché la nuova fattispecie introdotta dal D.Lgs.

²³⁶ Anche in questo ambito la norma è pesantemente incisa dal D.l. 179/2016 nonché dal citato Regolamento europeo.

²³⁷ Recentemente il Tribunale Vicenza (sez. II 22 novembre 2016 n. 2013) ha precisato che *"Il documento informatico privo di firma elettronica ha l'efficacia probatoria prevista dall' art. 2712 c.c. per le rappresentazioni meccaniche di fatti e di cose e forma piena prova salvo disconoscimento circostanziato concernente la sua genuinità e attendibilità, che non impedisce al giudice di accertarne la conformità all'originale attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni."*

²³⁸ Capitolo 5, paragrafo 3.

²³⁹ G. BUONOMO e A. MERONE, *La scrittura privata informatica: firme elettroniche, valore probatorio e disconoscimento in giudizio (alla luce delle modifiche introdotte dalla l. 221/2012)*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, p. 275.

217/2017) il legislatore ha optato per il rinvio²⁴⁰ all'art. 2702 configurando la scrittura privata informatica come prova legale al pari di quella cartacea.

La disciplina della contestazione della paternità del documento munito di firma digitale (o di altro tipo di firma qualificata²⁴¹) è dettata dall'art. 20 del CAD²⁴²: *“L'utilizzo del dispositivo di firma elettronica qualificata o digitale si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria.”*²⁴³. Conseguentemente, una volta accertato che la firma proviene da un determinato dispositivo²⁴⁴, colui che ha prodotto il documento informatico può avvalersi della presunzione appena citata. Sarà la parte contro la quale la scrittura è stata prodotta a dovere provare²⁴⁵ l'utilizzo abusivo del dispositivo: oggetto della contestazione (e della prova contraria) non è quindi la firma in se (se fosse irregolare non avrebbe alcuna efficacia), bensì l'utilizzo del dispositivo di firma. Se l'utilizzo è abusivo viene esclusa l'efficacia probatoria della scrittura.

La firma digitale (a differenza di quella autografa) può essere apposta materialmente anche da un soggetto diverso da quello indicato nella firma senza che tale circostanza possa essere rilevata dal punto di vista tecnico; ne consegue che la prova contraria che il disconoscente è tenuto a fornire non riguarda solo l'utilizzo del dispositivo da parte di un terzo ma anche il fatto che tale utilizzo sia avvenuto al di fuori della sfera di controllo del titolare del dispositivo. Solo in tal caso infatti l'utilizzo potrà essere considerato abusivo. Per questa ragione la dottrina ha evidenziato il passaggio dal

²⁴⁰ Precisamente il comma 1 ter. Prima della riforma del D.Lgs. 217/2017 la medesima norma era situata nell'art. 21 del CAD.

²⁴¹ Diverso il discorso per la firma elettronica avanzata: per inficiare la sua efficacia probatoria è necessario contestare che si tratti di firma elettronica avanzata, per mancanza di uno dei requisiti previsti dalla nozione di firma elettronica avanzata oppure procedere al disconoscimento di quella firma. Non si applica la disposizione che presume che al titolare sia riconducibile l'utilizzo del dispositivo di firma e che quindi sia il titolare a dovere fornire prova di non avere utilizzato il dispositivo (cfr F. DELFINI, in D. VALENTINO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 205).

²⁴² Codice dell'amministrazione digitale, art. 21, comma 2, secondo periodo.

²⁴³ Si noti comunque che la presunzione riguarda solo le firme elettroniche qualificate e la firma digitale; per la firma elettronica avanzata, quindi, è più gravoso l'onere probatorio di chi intende valersi in giudizio del documento.

²⁴⁴ Il che potrà avvenire, in caso di contestazioni, mediante esperimento di CTU nella quale un perito informatico accerterà la provenienza della firma digitale da un determinato dispositivo riferito ad uno specifico soggetto.

²⁴⁵ Senza dovere esperire la querela di falso che è necessaria solo in relazione alle scritture private informatiche autenticate o agli atti pubblici notarili.

criterio della “paternità” (della scrittura cartacea) al criterio della “responsabilità” nella gestione del dispositivo di firma²⁴⁶.

9. Cenni sul documento informatico con firma elettronica autenticata e sull'atto pubblico notarile informatico.

Nonostante abbiano una rilevanza molto limitata nell'ambito dei contratti telematici è opportuno, per completezza descrittiva, dedicare qualche riga alle c.d. scritture private con firma elettronica autenticata e all'atto pubblico notarile informatico.

Le scritture informatiche, al pari di quelle tradizionali, possono essere autenticate²⁴⁷ dal notaio o dal pubblico ufficiale a ciò autorizzato²⁴⁸. Ma l'autenticazione può essere apposta anche su una firma autografa apposta su un documento cartaceo successivamente convertito in digitale (mediante scansione)²⁴⁹. Il soggetto autentica la firma apponendo la propria firma digitale sul documento già firmato; è evidente che la firma debba essere apposta in sua presenza e che egli debba accertare l'identità del firmatario e, se la firma da autenticare è apposta mediante l'utilizzo di un dispositivo di firma elettronica, anche la validità del relativo certificato. Si registra però una differenza rispetto all'autenticazione della scrittura privata tradizionale ex art. 2703: l'art. 25 del CAD richiede che il pubblico ufficiale accerti anche che il documento non sia in contrasto con l'ordinamento giuridico.

Con il D.Lgs. 110/2010 è stata altresì introdotta la possibilità per il notaio di redigere l'atto pubblico in formato informatico. L'atto dovrà firmato dalle parti con firma elettronica (anche semplice) ma il notaio dovrà necessariamente apporre la propria firma digitale. L'atto così formato avrà i medesimi effetti giuridici dell'atto pubblico

²⁴⁶ Si veda sul punto: G. FINOCCHIARO, *Firme elettroniche e firma digitale*, in G. FINOCCHIARO e F. DELFINI, *Diritto dell'informatica*, UTET, 2014, p. 318; nonché il parere del Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza del 7.2.2005.

²⁴⁷ A norma dell'art. 25 del CAD.

²⁴⁸ G. FINOCCHIARO, *Firme elettroniche e firma digitale*, in G. FINOCCHIARO e F. DELFINI, *Diritto dell'informatica*, UTET, 2014, p. 318.

²⁴⁹ L'art. 25 del CAD specifica che l'autenticazione può avvenire “anche mediante l'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa”; F. DELFINI, in D. VALENTINO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 208 evidenzia che si tratta di una misura di agevolazione, in contrasto con i principi ispiratori di tutta la normativa di settore del diritto privato dell'informar che è giustificata dalla presenza e dall'intervento del notaio.

tradizionale e le copie dello stesso potranno essere prodotte sia in formato digitale sia cartaceo²⁵⁰.

Un esempio molto diffuso di autenticazione informatica della scrittura privata è rappresentato dalla procura alle liti che, rilasciata con firma autografa, può essere autenticata ex art. 83 c.p.c. dall'avvocato mediante conversione in digitale (tramite scansione) e apposizione della firma digitale²⁵¹.

²⁵⁰ G. FINOCCHIARO, *Firme elettroniche e firma digitale*, in G. FINOCCHIARO e F. DELFINI, *Diritto dell'informatica*, UTET, 2014, p. 318.

²⁵¹ Al fine di effettuare il deposito informatico dell'atto processuale con allegata la procura alle liti.

CAPITOLO 6

LA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO TELEMATICO IN SENSO LATO.

1. La distinzione tra contratto telematico in senso lato e in senso stretto. 2. Lo schema dell'art. 1326 c.c. e lo scambio di dichiarazioni in forma telematica. 3. Il tempo della conclusione dell'accordo. 4. Il luogo. 5. Altre questioni in materia di contratti conclusi mediante scambio di comunicazioni elettroniche.

1. La distinzione tra contratto telematico in senso lato e in senso stretto.

Nonostante la significativa normativa speciale già descritta, gran parte delle questioni relative alla conclusione del contratto telematico trova la propria regolamentazione all'interno del codice civile. Tali norme devono essere ovviamente reinterpretate e ristudiate alla luce delle novità tecniche tecnologiche che caratterizzano lo spazio virtuale e delle diverse modalità di comunicazione e interazione tra le parti, le quali nel 1942 non erano forse neppure immaginabili. La disciplina codicistica, anche in questo ambito, rimane comunque unico punto di riferimento e base di partenza per ogni ragionamento²⁵². Per capire se vi è stato un incontro di volontà tale da determinare la nascita di un contratto, e per indagare in quale momento tale contratto si sia concluso, in che luogo, con quali contenuti e anche per valutarne validità ed efficacia. Tali questioni -insieme a molte altre- verranno trattate nell'ambito dei seguenti capitoli per descrivere come le regole civilistiche tradizionali debbano essere lette alla luce della nuova realtà e come esse possano ancora oggi fornire le risposte giuridiche necessarie per gli operatori economici e gli utenti della rete. La rilevanza delle norme codicistiche è peraltro confermata dal richiamo -probabilmente superfluo²⁵³- contenuto nell'art. 13 del D.Lgs. 70/2003: *“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*

²⁵² F. BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Giuffrè, 2007, p. 381.

²⁵³ A.M. BENEDETTI, *L'autonomia privata procedimentale nella formazione del contratto virtuale*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di F. RUSCELLO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 105

ordine per via telematica” nonché dall’analogo richiamo previsto dall’art 67 del codice del consumo in materia di contratti a distanza²⁵⁴.

Si è già fatto cenno alla distinzione tra contratti virtuali²⁵⁵ in senso stretto e in senso lato. La prima categoria comprende esclusivamente i contratti stipulati attraverso internet mediante l’utilizzo di siti internet (piattaforme di commercio elettronico) e sono caratterizzati da procedimenti formativi molto particolari basati -tendenzialmente e in estrema sintesi- su offerta al pubblico e pressione del tasto negoziale virtuale²⁵⁶. Tra i contratti virtuali in senso lato²⁵⁷ rientrano invece tutti i contratti conclusi tramite internet e quindi anche ogni accordo concluso mediante scambio di corrispondenza elettronica.

La contrattazione online può quindi perfezionarsi attraverso due principali sistemi²⁵⁸:

- con lo scambio di manifestazioni di volontà attraverso i nuovi strumenti di comunicazione, che sarà approfondita in questo capitolo;
- oppure mediante l’accesso a siti di commercio elettronico e la pressione virtuale del tasto negoziale (c.d. *point and click*), oggetto di studio nel seguito della tesi.

2. Lo schema dell’art. 1326 c.c. e lo scambio di dichiarazioni in forma telematica.

Lo scambio telematico di dichiarazioni negoziali può avvenire attraverso i molteplici strumenti che la tecnologia mette a disposizione. Nella maggior parte dei casi si fa riferimento allo scambio di messaggi *email* tra gli indirizzi di posta elettronica delle parti; tuttavia lo scambio di dichiarazioni può avvenire (con la medesima efficacia e gli stessi effetti) anche attraverso altri strumenti, quali applicazioni di messaggistica²⁵⁹ o

²⁵⁴ “Per quanto non previsto dalle Sezioni da I a IV del presente Capo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di validità, formazione o efficacia dei contratti”.

²⁵⁵ L’aggettivo “virtuale” non è riferito ai soggetti, né all’efficacia del contratto ma, come sottolineato da Tosi, proprio -ed esclusivamente- alle forme negoziali e ai procedimenti di formazione del contratto (E. TOSI, *Diritto privato dell’informatica e di internet*, Giuffrè, 2006, p. 197).

²⁵⁶ Come si vedrà al capitolo 7, paragrafo 3.

²⁵⁷ Sempre sulla base della distinzione proposta da Tosi.

²⁵⁸ E. BATTELLI, *Contrattazione e condizioni generali di contratto nell’e-commerce*, in *Contratti*, 2010, 2, p. 191; G. ARANGUENA, *Sospensione di un "account" su "ebay": il contratto telematico b2b tra accettazione "point and click" e tutela dell'accesso al mercato del commercio elettronico*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2012, 6, p. 1181.

²⁵⁹ Whatsapp, Telegram, WeChat e simili.

servizi analoghi messi a disposizione all'interno di social network o siti internet²⁶⁰. Gli esempi di utilizzo di questo strumento di formazione del contratto sono peraltro assolutamente trasversali rispetto allo status soggettivo dei contraenti (adattandosi indistintamente a rapporti B2C, B2B o C2C).

La rete informatica rappresenta quindi un mero veicolo di comunicazione e di trasmissione delle dichiarazioni²⁶¹ e quindi tale fattispecie rappresenta lo schema formativo più semplice e più vicino agli ordinari modelli contrattuali: sono generalmente ben identificabili due dichiarazioni negoziali che corrispondono alla proposta ed all'accettazione ex art. 1326 c.c.. I contratti conclusi via email sono caratterizzati dalla presenza di una (più o meno articolata) trattativa tra le parti perché si assiste ad uno scambio di comunicazioni dirette, ricettizie e, tendenzialmente, personalizzate²⁶².

Nonostante la semplicità dello schema formativo, l'utilizzo di uno strumento quale internet -in luogo di uno scambio di corrispondenza cartacea- solleva notevoli questioni che meritano una specifica indagine e che sono in gran parte comuni a tutti i contratti virtuali (in senso ampio e in senso stretto).

3. Il tempo della conclusione dell'accordo.

Il primo problema è stabilire quando si possa considerare perfezionato l'accordo.

In tale contesto trova piena applicazione il principio della cognizione di cui all'art. 1326, primo comma, c.c. integrato con le regole dell'art. 1335 c.c.: il contratto si considera concluso quando il proponente ha conoscenza dell'accettazione della controparte, con la precisazione che la dichiarazione si considera conosciuta quando arriva all'indirizzo del destinatario, salva la prova dell'incolpevole impossibilità di

²⁶⁰ Si pensi ai messaggi privati su Facebook o Instagram, o, ipotesi di frequentissima applicazione, ai messaggi scambiati tra locatore e conduttore su siti come Airbnb al fine di discutere le varie condizioni e accordarsi sulla locazione temporanea.

²⁶¹ L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in internet*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 15.

²⁶² A differenza del mero click sul sito qui l'utente trasmette la propria adesione al contratto predisposto unilateralmente.

conoscerla²⁶³. Queste regole vanno calate nella realtà telematica e quindi non si considererà più l'indirizzo fisico del destinatario ma il suo indirizzo elettronico²⁶⁴. Si assiste quindi ad una sostanziale equiparazione (quantomeno ai fini dell'art. 1335 c.c.) dell'indirizzo virtuale all'indirizzo reale²⁶⁵.

Ne deriva che il proponente ha l'onere di verificare la ricezione della email contenente l'accettazione²⁶⁶ (in particolare quando la proposta è stata trasmessa con tale strumento o quando ha diffuso a questo scopo il proprio indirizzo²⁶⁷); egli però non potrà essere considerato negligente se non scarica la posta in particolari momenti (per esempio in orario notturno o durante il periodo di chiusura dell'azienda) o nel caso di malfunzionamento del servizio di posta elettronica²⁶⁸.

Tale interpretazione, oramai generalmente accolta²⁶⁹, implica però una lieve forzatura rispetto al meccanismo tipico della ricezione della comunicazione all'indirizzo del

²⁶³ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, 2011, pp. 95 e ss..

²⁶⁴ L. ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers e sull'accettazione di un'offerta in internet*, in *Giust. civ.*, 1997, 1, p. 21. Il concetto di indirizzo o domicilio informatico ha ottenuto rilevanza via via maggiore con la diffusione delle nuove tecnologie e ciò non solo in ambito civilistico ma anche in materia penale dove si è avvertita la necessità di una tutela rispetto alle intrusioni informatiche attuata con l'introduzione dell'art. 615 ter c.p. In proposito si vedano, in particolare, la sentenza della Cassazione Penale del 26 ottobre 2012 n. 42021, e P. GALDIERI, *Il domicilio informatico: l'interpretazione dell'articolo 615-ter c.p. tra ragioni di carattere sistematico e forzature*, in *Dir. Informatica*, 2013, 1, p. 88.

²⁶⁵ E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, p. 246.

²⁶⁶ Si veda M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Dir. Informatica*, 6, 2004, p. 805: "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 conoscenza 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)"; nonché E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, p. 249 e L. ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers e sull'accettazione di un'offerta in internet*, in *Giust. civ.*, 1997, 1, p. 21.

²⁶⁷ Si parla quindi di "consapevolezza che chiunque inserisce un indirizzo e-mail in una web page commerciale, oppure vi ricorre per spedire delle proposte contrattuali, ha indiscutibilmente l'onere di controllare con la frequenza imposta dalla rapidità del mezzo il contenuto della casella telematica" (F. AZZARRI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, in *Contratti*, 2010, 3, p. 301).

²⁶⁸ R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 12, p. 2553.

²⁶⁹ E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, p. 264. F. BRAVO (in *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Giuffrè, 2007, p. 381 e ss.) ricorda che parte della dottrina sostiene che il contratto si perfezioni con la ricezione della comunicazione contenente l'accettazione ma l'Autore conclude aderendo all'orientamento in base al quale non è necessaria l'effettiva lettura della

proponente. Questo perché quando si invia una *email* questa non giunge (o comunque non necessariamente giunge) al computer del destinatario e quindi al suo domicilio, ma viene in realtà registrata all'interno del *server* del fornitore del servizio di posta elettronica. Quindi in quel momento nulla arriva al destinatario (neppure gli impulsi elettronici contenenti il messaggio). Solo successivamente, quando il computer (o altro dispositivo) del destinatario, si collegherà al *server* di posta elettronica la comunicazione sarà immediatamente resa disponibile. Ciononostante è opinione ormai consolidata che si consideri giunta al destinatario la comunicazione quando essa viene ricevuta all'indirizzo di posta elettronica²⁷⁰, e quindi registrata nel *server* del fornitore del servizio di comunicazione, rimanendo onere del destinatario collegarsi a questo e accedere alla propria corrispondenza²⁷¹. Quasi si fosse di fronte -sia concesso un paragone forse troppo ardito- ad una implicita, e neppure consapevole, elezione di domicilio presso l'indirizzo di posta elettronica e quindi presso il *server* del *provider* che gestisce tale indirizzo. La normativa speciale contiene poi una disposizione che, pur non essendo applicabile ai contratti conclusi mediante scambio di comunicazioni individuali²⁷², conferma il principio appena esposto sancendo che l'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti al destinatario quando egli ha la possibilità di accedervi (art. 13, comma terzo, D.Lgs. 70/2003).

L'indirizzo elettronico è quindi diverso dall'indirizzo geografico del soggetto perché non ha un collegamento al luogo fisico ma rimane un indirizzo di tipo logico²⁷³.

comunicazione ma è sufficiente che questa sia resa disponibile al destinatario, che sia conoscibile (art. 1335 c.c).

²⁷⁰ In alcuni casi il legislatore stesso ha espressamente stabilito tale efficacia per l'invio dei messaggi di posta elettronica. Per esempio nell'ambito delle notificazioni via PEC degli atti processuali. Ed anche il Codice dell'amministrazione digitale (D.Lgs. 82/2005), all'art 45, comma 2, stabilisce, in riferimento ai documenti trasmessi ad una pubblica amministrazione con mezzo telematico o informatico, che "*il documento informatico trasmesso per vi telematica si intende spedito dal mittente se inviato al proprio gestore, e si intende consegnato al destinatario se reso disponibile all'indirizzo elettronico da questi dichiarato, nella casella di posta elettronica del destinatario messa a disposizione dal gestore*".

²⁷¹ A.M. GAMBINO e A. STAZI, *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, Giappichelli, 2009.

²⁷² L'art. 13 comma quarto del D.Lgs. 70/2003 esclude l'applicabilità dei commi secondo e terzo a tali contratti.

²⁷³ D. MEMMO, in G. FINOCCHIARO e F. DELFINI, *Diritto dell'informatica*, UTET 2014, p. 507.

4. Il luogo.

Determinare il luogo in cui si possa ritenere concluso il contratto telematico appare certamente complicato alla luce del fatto che lo spazio virtuale viene considerato per definizione un “non luogo”. È però importante notare che la determinazione del luogo di conclusione del contratto è in realtà un problema di rilevanza pratica ben minore di quanto non possa a prima vista apparire. Per esempio per la definizione del foro competente per la decisione di eventuali controversie nei contratti del consumatore è prevista la competenza inderogabile²⁷⁴ del luogo della residenza o del domicilio dello stesso (art. 33, comma 2, lett. u, Cod.Cons.). Nel caso di contratti internazionali la legge applicabile viene poi definita non in funzione del luogo di conclusione del contratto ma in base alla scelta delle parti o al principio del collegamento più stretto (in base alla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980). In ambito europeo trova applicazione il regolamento Roma I²⁷⁵ ed anch'esso è sostanzialmente insensibile rispetto al luogo di conclusione del contratto, prevedendo altri criteri per determinare la legge applicabile²⁷⁶. Ciò non toglie che vi siano casi in cui è necessario individuare effettivamente quale sia il luogo di conclusione del contratto; in altre parole “il diritto ha bisogno del dove”²⁷⁷.

Si pensi per esempio alla determinazione del foro facoltativo ex art. 20 c.p.c. (nel caso in cui non sia coinvolto un consumatore)²⁷⁸ o agli usi interpretativi ex art. 1368 c.c.. L'ultima norma citata stabilisce la possibilità di interpretare le clausole ambigue secondo ciò che si pratica nel luogo in cui il contratto è concluso. In riferimento a tale norma si rileva peraltro l'opportunità di riferire il richiamo non già al luogo materiale

²⁷⁴ A meno che il contratto non sia preceduto da una trattativa seria, effettiva e individuale.

²⁷⁵ Regolamento 593/2008 del 17 giugno 2008 “*sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*”, noto come Roma I.

²⁷⁶ Sul rapporto tra il commercio elettronico transfrontaliero e il Regolamento Roma I nell'ambito della tutela del consumatore si veda A. JAROSZEK, *European online marketplace - new measures for consumer protection against "old conflict of laws rules"*, 9 *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2015, p. 21.

²⁷⁷ N. IRTI, *Norma e luoghi, problemi di geo-diritto*, Laterza, 2001, 3; E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, p. 264.

²⁷⁸ Se è competente il giudice del luogo in cui l'obbligazione è sorta (art. 20 c.p.c.) diviene rilevante comprendere dove si sia concluso il contratto e quindi in quale luogo sia sorta l'obbligazione.

bensi proprio a quello “spazio virtuale” che senz’altro può ritenersi caratterizzato da prassi e usi fortemente consolidati e tipici esclusivamente di quella realtà²⁷⁹.

Dovendo comunque trovare una risposta alla domanda «in che luogo fisico si considera concluso il contratto virtuale?» è necessario dare atto di differenti argomentazioni in dottrina.

Deve essere esclusa la possibilità di attribuire rilevanza al luogo dove il destinatario prende effettivamente conoscenza della dichiarazione. Ciò perché da un lato si è visto che il contratto si conclude in un momento precedente, ossia quando la dichiarazione viene registrata sul *server* del servizio di comunicazione. Dall’altro lato perché una tale interpretazione porterebbe a risultati difficilmente controllabili e poco prevedibili perché il destinatario potrebbe accedere alla propria casella di posta elettronica da qualsiasi luogo²⁸⁰.

L’opinione maggioritaria²⁸¹, muovendo dal menzionato principio di conclusione del contratto con la trasmissione del messaggio al *server* del destinatario, individua nella collocazione del *server* il criterio per determinare il luogo di conclusione del contratto. Anche tale criterio apre a notevoli problemi per il caso in cui il prestatore del servizio (di posta elettronica) abbia diversi *server* dislocati in varie parti del globo, o comunque quando il *server* è collocato in luogo diverso da quello ove ha sede il *provider*. Tali criticità vengono risolte facendo prevalere il luogo fisico di stabilimento del prestatore del servizio su quello di effettiva collocazione del *server*.

Si rileva tuttavia l’esistenza di un condivisibile orientamento divergente che, trascurando la collocazione del *server* (o del *provider* di posta elettronica), attribuisce rilevanza all’indirizzo reale del proponente (destinatario della dichiarazione di accettazione); cioè al luogo in cui questi ha sede ed esercita la propria attività economica²⁸². È chiaro che tale ultima lettura pone un evidente problema sistematico

²⁷⁹ A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da BUSNELLI, PATTI, SCALISI e ZATTI, Giappichelli, 2002, p. 86.

²⁸⁰ Si pensi all’accesso attraverso dispositivi mobili o, addirittura, da un aereo durante un viaggio.

²⁸¹ E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, p. 268; G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell’informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 298.

²⁸² F. BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Giuffrè, 2007, p. 395; F. AZZARRI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, in *Contratti*, 2010, 3, p. 301.

perché contrasta almeno in parte con il disposto dell'art. 1335 c.c. (richiamato dall'art. 13 D.Lgs. 70/2003)²⁸³. Tuttavia facendo prevalere questo criterio si avrebbe la determinazione di un luogo con un collegamento effettivo con il contratto concluso²⁸⁴ e si favorirebbe la prevedibilità e conoscibilità del luogo di conclusione del contratto²⁸⁵. Ovviamente la questione si pone in termini decisamente meno problematici quando il contratto viene concluso mediante connessione diretta (senza l'utilizzo di soggetti terzi quali *provider* di servizi telematici), oppure quando il server è collocato presso lo stesso destinatario. In tale situazione il contratto si considererà concluso nel luogo in cui si trova il terminale ricevente e quindi presso il destinatario dell'accettazione²⁸⁶.

5. Altre questioni in materia di contratti conclusi mediante scambio di comunicazioni elettroniche.

Una delle questioni di maggiore interesse per lo studio dei contratti conclusi con scambio di comunicazioni individuali mediante strumenti elettronici è quella che riguarda la verifica della paternità delle dichiarazioni negoziali contenenti la proposta e l'accettazione. Tale problema è risolto dal ricorso alle firme informatiche ed alla relativa disciplina che ne regola efficacia ed affidabilità. La provenienza della dichiarazione dal suo apparente titolare sarà quindi più o meno agevole da dimostrare a seconda dell'utilizzo della firma elettronica semplice, avanzata o qualificata. Si tratta però di un argomento che è già stato oggetto di ampia trattazione e quindi si rimanda ai precedenti capitolo 2.

Quanto all'informativa precontrattuale, si evidenzia che gli obblighi stabiliti dall'art. 12 del D.Lgs. 70/2003 sono espressamente esclusi in caso di contratto concluso con

²⁸³ Peraltro si è già detto che il contratto si conclude con la registrazione del messaggio sul *server* del provider e quindi in un momento in cui nulla accade presso la sede del proponente.

²⁸⁴ Per esempio, appare effettivamente poco ragionevole e giustificabile che un contratto concluso tramite un'*email* inviata su indirizzo *gmail.com* tra due aziende collocate nel medesimo quartiere di Genova si consideri concluso a San José in California (sede di Google Inc., fornitore del servizio di posta elettronica *Gmail*).

²⁸⁵ Difficilmente le parti saranno consapevoli della collocazione del prestatore di servizi mentre più facilmente (e in alcuni casi obbligatoriamente, essendo oggetto necessario di informativa precontrattuale) sapranno dove ha sede il proponente.

scambio di *email*²⁸⁷. Ne consegue che, in tal caso, si applica solamente l'art. 1337 c.c. e quindi l'informativa, pur dovuta, risulta piuttosto elastica quanto al contenuto. Quando però a concludere il contratto è un consumatore, subentra la disciplina del codice del consumo riguardante i contratti a distanza e, quindi, si applicano tutti gli obblighi analiticamente descritti dall'art. 49 comma 1 Cod.Cons. a nulla rilevando che si tratti di contratto concluso con comunicazione individuale e non tramite sito *web*²⁸⁸.

Anche l'obbligo di conferma d'ordine²⁸⁹ ex art. 13 D.Lgs. 70/2003 non si applica ai contratti conclusi mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti ma con riferimento ai contratti dei consumatori si applicano tutti gli obblighi in materia di contratti a distanza.

²⁸⁷ Art. 12, comma secondo, D.Lgs. 70/2003: *“il comma 1 non è applicabile ai contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti”*.

²⁸⁸ Il comma 7 del medesimo articolo precisa peraltro che *“nel caso di tecniche che consentono una comunicazione individuale, le informazioni di cui al comma 1 sono fornite, ove il consumatore lo richieda, in lingua italiana.”*

²⁸⁹ Proprio per questa ragione tale argomento sarà illustrato nel successivo capitolo.

CAPITOLO 7:

LA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO SUL SITO WEB.

1. Il contratto virtuale in senso stretto. 2. L'offerta al pubblico sul sito web. 3. L'accettazione mediante pressione del tasto negoziale virtuale. 4. I limiti e le problematiche dell'utilizzo del tasto negoziale virtuale 5. La conclusione del contratto mediante inizio dell'esecuzione ex art. 1327 c.c.. 6. Lo schema dell'accettazione mediante comportamento omissivo ex art. 1333. 7. La variante procedimentale dell'invito a proporre. 8. La conferma d'ordine. 9. Il ruolo della conferma d'ordine nella determinazione del momento del perfezionamento dell'accordo. 10. Il luogo di conclusione del contratto virtuale in senso stretto. 11. L'indirizzo virtuale e l'indirizzo reale del proponente.

1. Il contratto virtuale in senso stretto.

Gran parte degli accordi che vengono conclusi online rientrano nell'ambito del commercio elettronico e in particolare nella vendita di beni o servizi attraverso i siti internet dei venditori. È quindi importante approfondire quale sia il meccanismo di conclusione del contratto in un settore di così ampia rilevanza economica e sociale²⁹⁰.

Lo schema formativo in commento viene catalogato come contratto virtuale in senso stretto per contrapposizione con la nozione più ampia che comprende anche i contratti conclusi mediante scambio di comunicazioni individuali telematiche. Esso può essere qualificato come contratto “naturalmente e funzionalmente” d'impresa: nessuna legge lo riserva necessariamente all'imprenditore (nella veste di professionista) tuttavia la creazione di piattaforme efficienti di commercio elettronico richiede notevoli investimenti di natura materiale (hardware, logistica, distribuzione) e immateriale (*software* e servizi della società dell'informazione); il che rende complesso per il singolo (non imprenditore) dotarsi di un sito web con funzioni di commercio elettronico²⁹¹. Tale assunto è forse oggi meno vero in quanto i recenti sviluppi

²⁹⁰ “il meccanismo dell'accesso al sito web costituisce lo strumento peculiare della contrattazione telematica –in specie virtuale- presupposto essenziale al successivo perfezionamento di attività negoziali attraverso la rete internet mediate pressione del tasto negoziale virtuale” (E. TOSI, *Diritto privato dell'informatica e di internet*, Giuffrè, 2006, p. 200).

²⁹¹ E. TOSI, *Diritto privato dell'informatica e di internet*, Giuffrè, 2006, p. 200.

tecnologici e economici²⁹² rendono sempre più facile agli individui accedere alla rete non solo come utenti passivi (e destinatari di proposte commerciali) ma come soggetti attivi. Esistono piattaforme che permettono, con investimenti minimi e competenze tecniche limitate, di creare siti web complessi, ed esistono piattaforme di commercio elettronico che permettono agli utenti di offrire i propri beni o servizi attraverso i c.d. *e-marketplace* o altro²⁹³.

Dal punto di vista degli elementi strettamente necessari il contratto dell'*ecommerce* si compone di due atti negoziali²⁹⁴: l'offerta al pubblico mediante sito *web* e l'accettazione mediante pressione del tasto negoziale virtuale²⁹⁵; a questo si aggiunge l'invio della conferma d'ordine da parte del venditore (la cui rilevanza nel perfezionamento dell'accordo sarà a suo tempo indagata). In alcuni casi, come si vedrà, l'articolazione procedimentale può variare anche molto rispetto a quanto appena descritto perché possono essere previste fasi diverse e ulteriori e perché il momento del perfezionamento dell'accordo può essere ricondotto ad un momento di volta in volta differente.

La fattispecie si presenta certamente complessa²⁹⁶. Essa origina con la predisposizione del sito internet e della proposta in essa contenuta, prosegue con l'accesso dell'utente al sito (spesso favorito tramite *banner* o *link* pubblicitari su altri siti), con la sua valutazione della proposta per mezzo delle informazioni precontrattuali obbligatorie e della sua successiva determinazione in merito. Successivamente il destinatario della proposta compie i passaggi necessari (in base alla predisposizione del sito da parte del prestatore) per completare l'acquisto e inserisce i dati necessari per la sua

²⁹² Non è solo la nascita di nuove tecnologie ma il fatto che esse vengano sempre più semplificate in modo tale da essere messe a disposizione di tutti.

²⁹³ Ebay e Amazon sono gli esempi più famosi, e, nell'ambito del commercio di servizi, si può fare riferimento a realtà come Fluentify che permette a singoli individui madrelingua (non necessariamente insegnanti professionisti) di conversare a pagamento con persone interessate ad acquisire dimestichezza con una lingua straniera.

²⁹⁴ E. ANGIONI, *Brevi note sui meccanismi di formazione del contratto online*, in *Rivista giuridica sarda*, 2014, p. 51.

²⁹⁵ Come per i contratti automatici (quali quelli conclusi per l'acquisto di prodotti dai distributori automatici), già oggetto di approfondimenti dottrinali da diversi decenni (A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Giuffrè, 1997, p. 16), si è posto il problema della qualificazione dell'esposizione della merce corredata dalle istruzioni per concludere il contratto. Tale attività poteva essere ricondotta ad un'offerta al pubblico, ad un invito ad offrire o ad una promessa di ricompensa. Tralasciando l'ultima ipotesi, essendo comunque preferibile la tesi contrattuale, rimangono aperte le altre due ipotesi, tanto nei contratti automatici quanto nei più moderni contratti virtuali. Ed infatti entrambe le ricostruzioni saranno oggetto di specifica analisi.

²⁹⁶ A.M. GAMBINO e A. STAZI, *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, Giappichelli, 2009, p. 87.

identificazione e per l'esecuzione del contratto. A questo punto avviene la pressione del tasto negoziale come manifestazione finale del consenso. La fattispecie viene poi completata dall'invio della conferma d'ordine da parte del prestatore sulla base delle indicazioni del D.Lgs 70/2003 e del codice del consumo, nonché delle altre comunicazioni eventualmente necessarie per perfezionare il contratto.

2. L'offerta al pubblico sul sito web.

Si è detto che la modalità di conclusione del contratto telematico si avvia mediante una dichiarazione negoziale non ricettizia che può essere qualificata come offerta al pubblico ex art. 1336 c.c.²⁹⁷. Tale proposta è veicolata attraverso internet e viene generalmente contenuta in un sito *web* ma tale strumento non ha rilevanza esclusiva in questo contesto: l'offerta al pubblico come proposta di contratto telematico può essere diffusa mediante altri strumenti quali l'utilizzo di applicazioni su dispositivi mobili (*smartphone* e *tablet*) o su televisori (per l'acquisto di contenuti video e film) o in programmi contenuti in *console* (finalizzati alla vendita di videogiochi)²⁹⁸. Tali alternative, pur sostanzialmente ben diverse dal sito internet, non presentano caratteristiche differenti ai fini della presente analisi, pertanto si continuerà a fare riferimento all'offerta contenuta nel sito *web* nella consapevolezza che questo non sia l'unico strumento per la conclusione degli accordi virtuali in senso stretto.

L'offerta commerciale presente sul sito *web* viene comunemente descritta come “vetrina virtuale” (o serie di vetrine virtuali) contenente il dettaglio dei prodotti e dei servizi

²⁹⁷ “L'offerta al pubblico rappresenterebbe la principale tecnica di conclusione dei contratti online” (M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016, p.299). In merito alle caratteristiche e alla disciplina dell'offerta al pubblico in generale si veda V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, 2011, p. 107.

²⁹⁸ Come notano G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 300. Peraltro può capitare (soprattutto con questi strumenti alternativi) che l'acquisto in parola non sia il primo contatto tra le parti ma che venga precedentemente stipulato una sorta di contratto quadro che regola (e semplifica) i successivi singoli acquisti). Addirittura esiste la possibilità di effettuare ordini di prodotti mediante la pressione di un singolo pulsante fisico fornito a tale unico scopo. Si tratta da *Amazon Dash Button* che opera in totale assenza di contatto tra le parti ma sulla base di un precedente contratto che ne regola il funzionamento. Con la mera pressione del pulsante si ottiene comunque l'effetto di concludere un contratto con spedizione del prodotto ordinato e addebito automatico sulla carta di credito (in base alle informazioni fornite dal fornitore ogni pressione rappresenta un vero e proprio acquisto).

offerti con relative caratteristiche e prezzi²⁹⁹. La metafora della vetrina, così come il paragone con il negozio fisico, rendono pienamente l'idea del funzionamento dell'offerta al pubblico *online*: il sito, che rappresenta il domicilio virtuale del venditore, permette all'utente di aggirarsi tra le varie schermate (scaffali virtuali), visionare i prodotti e inserirli nel carrello virtuale (il riferimento alla realtà materiale del supermercato viene usualmente favorito dai prestatori allo scopo di agevolare gli utenti e favorire gli acquisti)³⁰⁰.

Come osservato dal Tosi³⁰¹, tre sono le caratteristiche principali della tipologia di offerta in commento, oltre a quelle comuni all'offerta via *email*³⁰²:

- a) essa riveste il carattere giuridico di offerta al pubblico;
- b) risulta dichiarativamente predisposta (quanto al suo contenuto);
- c) è altresì predisposta anche dal punto di vista materiale.

In primo luogo è necessario che l'offerente si rivolga a una platea di destinatari in modo non individuale ma collettivo, utilizzando un mezzo di comunicazione di massa³⁰³. L'offerta è quindi caratterizzata per la sua indeterminatezza rispetto ai destinatari: è rivolta a una platea indistinta di soggetti ed è caratterizzata dalla ripetibilità della prestazione³⁰⁴. Si tratta quindi di una offerta *in incertis personis*. In questa tipologia contrattuale non vi è quindi spazio per l'*intuitus personae* proprio perché l'accordo è destinato a perfezionarsi nel momento in cui il destinatario (quale che sia) della proposta manifesta la sua volontà di aderire (si parla a tal proposito di contratti a soggetto indifferente). Per tale ragione non rientrano in questa categoria i contratti in cui l'*intuitus personae* può avere una certa rilevanza: per esempio l'offerta di lavoro online deve essere interpretata come un invito ad offrire (o ad avviare la trattativa trasmettendo la propria candidatura) non essendo immaginabile con il rapporto di lavoro si instauri

²⁹⁹ E. ANGIONI, *Brevi note sui meccanismi di formazione del contratto online*, in *Rivista giuridica sarda*, 2014, p. 51.

³⁰⁰ G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 301; D. MEMMO, in G. FINOCCHIARO e F. DELFINI, *Diritto dell'informatica*, UTET 2014, p. 502.

³⁰¹ E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, pp. 202.

³⁰² Già descritta poco sopra.

³⁰³ Come da definizione di V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, 2011, p. 107.

³⁰⁴ Tutti i destinatari possono concludere il contratto, indipendentemente gli uni dagli altri e con il solo limite della quantità di beni disponibili (essa si distingue quindi dalla offerta *in incertam personam*).

automaticamente con l'accettazione della proposta diffusa *online*³⁰⁵. La dottrina si è interrogata poi se potesse considerarsi offerta al pubblico (*in incertis personas*) anche quella destinata ad un numero limitato di utenti, quali gli iscritti ad un'associazione (o a una pagina di social network) o ai soli utenti registrati di un sito internet. La questione va evidentemente risolta caso per caso ma in linea generale si può sostenere che la diffusione di massa di tali registrazioni ed iscrizioni renda sostanzialmente inesistente l'*intuitus personae*³⁰⁶.

La seconda caratteristica³⁰⁷ dell'offerta riguarda il suo contenuto e deriva direttamente dall'art. 1336 c.c.: essa deve contenere gli elementi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta. La norma è poi integrata, nell'ambito del commercio elettronico, dagli obblighi informativi precontrattuali gravanti sul prestatore imposti dall'art. 12 D.Lgs. 70/2003 e dall'art. 49 Cod.Cons.³⁰⁸ e quindi il contenuto dell'offerta va ben oltre i meri elementi essenziali del contratto coinvolgendo una notevole quantità di informazioni. Il sito internet che contiene l'offerta commerciale deve quindi fornire al potenziale acquirente una serie dettagliata di informazioni affinché egli possa formare il proprio consenso in maniera consapevole e informata. Il prestatore non potrà limitarsi a mettere in risalto gli aspetti favorevoli del contratto che propone ma dovrà obbligatoriamente comunicare tutte le condizioni normativamente rilevanti, il tutto all'interno della c.d. vetrina virtuale rappresentata dalla pagina *web* o comunque nell'ambito del procedimento di formazione del contratto.

L'ultima caratteristica saliente dell'offerta virtuale tramite sito *web* rappresenta un aspetto di particolare rilevanza nei contratti telematici: l'offerta è predeterminata dal prestatore non solo in relazione agli aspetti contenutistici ma anche rispetto ai suoi aspetti materiali e alle modalità procedurali per la conclusione del contratto. L'offerente predispone la procedura che l'utente dovrà necessariamente seguire per giungere alla conclusione del contratto, determinandone i passaggi, i dati utili e quelli non necessari, nonché specificando le condizioni alle quali il contratto si potrà ritenere concluso. Si

³⁰⁵ E. TOSI, *Diritto privato dell'informatica e di internet*, Giuffrè, 2006, p. 210.

³⁰⁶ L. ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers e sull'accettazione di un'offerta in internet*, in *Giust. civ.*, 1997, 1, p. 21.

³⁰⁷ Cfr lett. b) dell'elenco sopra riportato.

³⁰⁸ Già descritti analiticamente *supra* al cap. 3.

tratta di una delle estrinsecazioni più evidenti del concetto di autonomia privata procedimentale: alle parti (*rectius* a una parte, al predisponente) viene lasciata la piena libertà non solo in riferimento al contenuto del contratto (art. 1322 c.c.) ma anche in relazione alle modalità di formazione dello stesso³⁰⁹.

La qualificazione della predisposizione del sito di *ecommerce* come offerta al pubblico ex art. 1336 c.c., oltre ad essere diffusa in dottrina³¹⁰, è anche accolta dalla giurisprudenza di merito³¹¹. Nei casi in cui la questione si è posta, gli organi giudicanti hanno peraltro osservato che la stampa della pagina *web* rappresenta un documento informatico (con efficacia di piena prova in mancanza di disconoscimento³¹²) rappresentativo di un negozio giuridico qualificabile in termini di offerta al pubblico³¹³. Quanto infine alla revoca dell'offerta al pubblico tramite sito internet si applica la norma codicistica del secondo comma dell'art. 1336 c.c. che, alla luce del carattere non ricettizio della proposta, non richiede la ricezione della revoca da parte di tutti i destinatari della prima. L'offerta al pubblico è validamente revocata, se la revoca è diffusa nella stessa forma dell'offerta, anche verso chi non ne ha avuto notizia, purché la revoca risulti anteriore all'accettazione. Nell'ambito di internet, quindi la proposta al pubblico non può che essere revocata nello stesso ambiente e con le medesime modalità e quindi mediante pubblicazione sul sito della revoca³¹⁴. Tuttavia nella prassi sono pressoché inesistenti le ipotesi nelle quali sul sito internet viene pubblicata la revoca. Al proponente è infatti sufficiente eliminare dal proprio sito l'offerta (e il relativo meccanismo di accettazione mediante tasto negoziale virtuale) per impedire all'oblatore di formulare l'accettazione e concludere il contratto. Ne consegue che l'art. 1336 c.c.

³⁰⁹ Sull'argomento dell'autonomia privata procedimentale si tornerà nella successiva parte IV; per ora ci si limita a rinviare a A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da BUSNELLI, PATTI, SCALISI e ZATTI, Giappichelli, 2002, nonché a A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale e formazione del contratto virtuale: annotazioni sull'art. 13 del d.lgs. 70/2003*, in *Dir. Internet*, 2006, 1.

³¹⁰ Oltre ai contributi già citati si veda G. SANTOSUOSSO, *Il codice internet e del commercio elettronico. Aspetti giuridici di rilevanza civilistica*, CEDAM, 2001, p. 92.

³¹¹ Trib. Cagliari, sent. del 15 luglio 2009, n. 2613 e C. App. Cagliari, sent. del 30 giugno 2011, n. 291, pubblicate su *Rivista giuridica sarda*, 2014, p. 43, con nota di E. ANGIONI, *Brevi note sui meccanismi di formazione del contratto online*; nonché Trib. Bari, sentenza del 11 giugno 2007, pubblicata su *Dir. e prat. soc.* 2007, 19, 85.

³¹² Con gli effetti (descritti al precedente capitolo ...) di cui all'art 2712 c.c..

³¹³ Si veda Trib. Bari, sentenza del 11 giugno 2007, pubblicata su *Dir. e prat. soc.* 2007, 19, 85.

³¹⁴ R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 12, p. 2553.

viene rivisitato nella prassi in modo leggermente diverso rispetto a quello emergerebbe dal tenore letterale della norma: la proposta viene revocata mediante la sua eliminazione dal sito e quindi non con un comportamento positivo “*nella stessa forma dell’offerta*”³¹⁵ (quale sarebbe la pubblicazione della revoca) ma con un comportamento negativo e quindi di segno opposto. L’efficacia di tale modalità di revoca può essere difficilmente messa in discussione in quanto da un lato l’effetto della pubblicità della revoca è raggiunto (chi intendeva accettare, non potendo visualizzare l’offerta, comprende che essa è stata revocata) e dall’altro l’effetto bloccante rispetto all’accettazione è totale: l’oblato è assolutamente impossibilitato ad accettare e nessun contratto si potrà concludere³¹⁶. In questo modo viene anche tutelato l’affidamento del destinatario della proposta perché non potrà esistere un’accettazione esplicitata dopo la revoca dell’offerta in quanto con la rimozione dell’offerta dal sito non si può concludere alcun contratto.

3. L’accettazione mediante pressione del tasto negoziale virtuale.

Il secondo requisito per la conclusione del contratto è, ovviamente, che la proposta sia seguita dall’accettazione da parte dell’oblato. Tale atto negoziale, nel commercio elettronico, si manifesta con modalità del tutto particolari e tipiche esclusivamente del contesto di internet. Il contratto virtuale in senso stretto si perfeziona mediante pressione del c.d. “tasto negoziale virtuale”³¹⁷: detto procedimento formativo costituisce (nella prassi del commercio elettronico) la modalità più ricorrente di manifestazione del consenso alla conclusione dell’accordo virtuale³¹⁸.

³¹⁵ L’art. 1336, comma secondo, c.c. richiede che la revoca sia fatta “*nella stessa forma dell’offerta o in forma equipollente*”.

³¹⁶ Non possono sorgere questioni in merito alla manifestazione di un’accettazione dopo una revoca non effettuata in maniera corretta perché, eliminata la proposta dal sito, l’accettazione è impossibile. Diverso il caso di contratto con proposta su sito web e accettazione da inviare via *email*; in tal caso si potrebbe discutere se sia sufficiente la eliminazione dell’offerta dal sito o se sia necessario pubblicare una comunicazione esplicita in merito alla revoca.

³¹⁷ L’espressione “tasto negoziale virtuale” è stata coniata e usata per la prima volta (riprendendo il termine di “tasto negoziale” già utilizzato -in contesto e con funzioni diverse, al di fuori della realtà di internet- da V. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, Maggioli, 1989, p. 165) da Emilio Tosi in E. TOSI, *I problemi giuridici di internet*, I ed., Giuffrè, 1999, p. 20.

³¹⁸ E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Contratto e impresa*, 2014, 6, pp. 1264 e ss..

L'accettazione mediante tasto negoziale virtuale (detta anche *point and click*³¹⁹) viene effettuata mediante la pressione (*click*) con il *mouse* del computer nella parte di schermo che corrisponde al pulsante che completa la procedura di ordine attraverso il sito. Esso costituisce la fase finale della manifestazione del consenso ma è generalmente preceduto da una serie di altri comandi concernenti la selezione del prodotto, la scelta di eventuali caratteristiche di questo³²⁰, e l'invio dei dati personali dell'accettante al fine di consentire la sua identificazione, l'invio della conferma d'ordine e l'esecuzione del contratto. Alla pressione tramite click del mouse si affiancano, ovviamente molteplici altri strumenti analogamente riconducibili alla pressione del tasto negoziale virtuale: utilizzo di *touchscreen*, o di tastiera, o di appositi pulsanti su telecomandi³²¹ o altro.

Si tratta di una forma di accettazione c.d. socialmente tipica³²²: nonostante la sua atipicità rispetto agli schemi codicistici la diffusione ha sostanzialmente creato una forma tipizzabile e come tale descrivibile in senso generale. Le concrete modalità operative per l'accettazione sono evidentemente nella totale disponibilità del venditore che, predisponendo il sito internet secondo le proprie preferenze, decide il percorso che l'utente dovrà seguire per arrivare alla pressione del tasto negoziale virtuale, e quindi alla conclusione del contratto. L'operatore commerciale agisce come parte forte in questo ambito ancora più che altrove perché predispone non solo gli aspetti contenutistici del contratto ma anche l'assetto materiale relativo alla sua conclusione attraverso il substrato tecnologico³²³.

³¹⁹ Nella dottrina statunitense si distingue tra contratti conclusi con il metodo *clickwrap* e contratti conclusi con il metodo *browsewrap*. Il primo corrisponde al tasto negoziale virtuale, *point and click*, qui in commento. Il secondo invece consiste nel mero utilizzo del sito: l'utente concluderebbe il contratto semplicemente visitando il sito. È evidente il rischio che l'utente in tal modo possa non avere conoscenza del contratto e delle condizioni e pertanto tale meccanismo formativo viene spesso ritenuto inefficace dalle corti americane. R.S. CONKLIN, *Be careful what you click for: an analysis of online contracting*, su *loyola consumer law review*, *Loyola Consumer Law Review*, 2008, p. 325; A.E. GHIRARDELLI, *Rules of engagement in the conflict between businesses and consumers in online contracts*, su *Oregon Law Review*, 2015, p. 719.

³²⁰ Quali, ove applicabili, la taglia, il colore, la tipologia di prodotto o servizio, o di elementi accessori, ecc., ma anche le modalità e i tempi di spedizione o altri servizi accessori.

³²¹ Per esempio nel caso di acquisto di film tramite *smart tv* o di videogiochi tramite *console*.

³²² E. TOSI, *Diritto privato dell'informatica e di internet*, Giuffrè, 2006, p. 216.

³²³ E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, p. 210.

Ne consegue, tra le altre cose, che lo spazio per la trattativa da parte dell'utente sia ridotto al minimo, tanto da portare alcuni studiosi a definire i contratti telematici come scambi senza accordo³²⁴.

Il meccanismo di conclusione del contratto che prevede la manifestazione del consenso mediante pressione del tasto negoziale virtuale oltre ad essere unanimemente accolto in dottrina ha ricevuto significative conferme anche in giurisprudenza³²⁵.

Quanto appena osservato in merito alla particolarità del meccanismo di formazione del contratto in commento non lo priva del suo fondamento giuridico codicistico: l'invio dell'ordine, per quanto avvenga con modalità del tutto particolari, deve essere sempre ricondotto a quanto previsto dagli articoli 1326 e 1335 c.c.. Ne consegue che la pressione del tasto negoziale virtuale rappresenta pur sempre una modalità di invio dell'accettazione al proponente. A tale scopo la normativa codicistica è integrata dal già menzionato articolo 13, comma terzo, D.Lgs. 70/2003 il quale stabilisce che l'ordine si considera pervenuto quando la parte (il proponente) ha la possibilità di accedervi. Il che avviene, generalmente, in maniera del tutto contestuale alla pressione del tasto negoziale (salvo malfunzionamenti tecnici). A questo proposito si rinvia a quanto già osservato in merito all'indirizzo virtuale del proponente³²⁶, essendo tale disciplina per molti aspetti comune a tutti i contratti telematici (in senso lato e in senso stretto).

La dottrina si è interrogata sulla corretta qualificazione di questa modalità di accettazione e precisamente se essa debba essere considerata una manifestazione di volontà espressa (mediante linguaggio) oppure tacita (mediante comportamento concludente). L'opinione qui condivisa muove dall'assunto che il sistema informatico funzioni attraverso un linguaggio universale, il linguaggio telematico³²⁷. Ne consegue

³²⁴ Si veda per esempio A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Giuffrè Editore, 1997, pp. 141 e ss.. Sul punto si rinvia al capitolo 4, paragrafo 1.

³²⁵ Si veda per esempio Trib. Catanzaro, 30 aprile 2012 (pubblicata su *ilcaso.it*, e commentata da V. PANDOLFINI, *Contratto on line e clausole vessatorie: quale firma (elettronica)?*, in *Contratti*, 2013, 1, 41): *"In ordine alla prima questione, è pacifico oramai che, vigendo nel nostro ordinamento il principio di libertà delle forme, la tecnica "del tasto virtuale" o "point and click", utilizzata normalmente nella contrattazione telematica, è sufficiente a manifestare il consenso contrattuale e ritenere perfezionato il contratto, laddove si tratti di contratto a forma libera"*.

³²⁶ Si veda il cap. 6, paragrafo 4, ma anche il successivo paragrafo 10 di questo capitolo.

³²⁷ *"Un linguaggio importo dall'autoreferenzialità di un sistema tecnico che non può permettersi mediazioni esterne con altri linguaggi e con altri simboli o segni"* (C. CAMARDI, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche*, in V. RICCIUTO e N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Cedam, 2002, p. 4; si veda anche: L.

che l'accettazione viene eseguita mediante linguaggio telematico (unitamente al linguaggio tradizionale con il quale vengono esplicitati i contenuti del contratto) e che tale accettazione rappresenta una manifestazione espressa di volontà³²⁸.

5. I limiti e le problematiche dell'utilizzo del tasto negoziale virtuale

L'interpretazione della schermata sulla quale viene visualizzata la proposta ed il relativo tasto negoziale virtuale deve tenere conto non solo del significato delle indicazioni in essa contenute ma anche del contesto in cui viene presentata, ossia quello telematico dello spazio virtuale. Ne consegue che l'attribuzione di significato al contratto telematico così concluso è circoscritto da due elementi: il senso attribuito da chi ha predisposto la piattaforma e quello percepito dall'altra parte, desumibile dal suo affidamento. Ne deriva che la conoscenza -per quanto minima- del linguaggio informatico risulta determinante per entrambe le parti contrattuali. Nel dare rilievo ai contratti conclusi in via telematica si presume quindi che anche il soggetto che aderisce alla proposta goda di un certo livello di alfabetizzazione informatica. A questo si collega il c.d. *rischio informatico*, posto a carico dell'utente telematico in base al principio di autoresponsabilità. L'utente scegliendo di concludere un contratto con queste modalità se ne accolla i relativi rischi³²⁹.

La dottrina in passato rilevava come il *click* sul tasto negoziale virtuale non fosse necessariamente percepito dalla generalità dei consociati con il medesimo carattere di

FOLLIERI, *Il contratto concluso in Internet*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 42: “Se si considera che il consenso delle parti contraenti può raggiungersi attraverso una varietà di tecniche procedimentali, a prescindere dal canonico schema dello scambio tra proposta e accettazione tramite dialogo dei consenzienti, sembra che l'accordo possa ritenersi raggiunto anche nel meccanismo di accesso al sito. Infatti, gli impulsi elettronici, che si scambiano gli utenti della rete, si possono trattare alla stregua di dichiarazioni telematiche mediante le quali avviene il raggiungimento del consenso. Nella specie, il cyber-contraente che decide di acquistare un bene od un prodotto esposto nel sito cui si è collegato, difitando i dati anagrafici, l'indirizzo per l'eventuale spedizione della merce ed inoltrato l'ordine con una “cliccata”, manifesta il suo volere, incontrando l'intento, previamente esternato dall'offerente nel sito attraverso l'esposizione della merce.”

³²⁸ E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Contratto e impresa*, 2014, 6, pp. 1264 e ss.. La qualificazione della pressione del tasto negoziale virtuale come manifestazione espressa del consenso sembra confermata anche dalla già citata sentenza del Tribunale di Catanzaro del 30 aprile 2012 pubblicata su *ilcaso.it*, e commentata da V. PANDOLFINI, *Contratto on line e clausole vessatorie: quale firma (elettronica)?*, in *Contratti*, 2013, 1, 41.

³²⁹ E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, p. 224.

solemnità che invece viene riconosciuto all'apposizione materiale della firma autografa³³⁰. Si ritiene che oggi -a distanza di quasi tre lustri da tali osservazioni- tale valore venga di norma più facilmente percepito avendo il commercio elettronico raggiunto una diffusione ben maggiore. Ciononostante il legislatore, con la riforma³³¹ del 2014 ha ritenuto necessaria una ulteriore precisazione sancendo la necessità che il consumatore riconosca espressamente che l'ordine implica un obbligo di pagare e che il pulsante (tasto negoziale virtuale) riporti in modo facilmente leggibile le parole “*ordine con obbligo di pagare*” o altra formulazione corrispondente inequivocabile³³².

Una delle questioni più rilevanti in materia riguarda l'identificazione del soggetto che compie la dichiarazione negoziale: chi ha premuto (*cliccato*) il tasto negoziale virtuale? Generalmente dovrebbe essere lo stesso soggetto al quale si riferiscono i dati inseriti durante la formazione del contratto. È però ovviamente possibile che dietro al computer ci fosse un'altra persona. Tale interrogativo, potenzialmente foriero di contenzioso, deve essere risolto alla luce dei principi che regolano i meccanismi di firma informatica³³³. Dovendo verificare l'esistenza di elementi che permettano di ricondurre la dichiarazione al suo apparente autore si ricadrà di volta in volta nella firma elettronica semplice, avanzata o qualificata³³⁴. Si parlerà di firma elettronica semplice per esempio quando il titolare ha inserito delle informazioni di cui egli solo poteva essere in possesso quale una *password* o i dati della carta di credito, oppure -con un grado di sicurezza molto labile- quando risulta che l'utente ha semplicemente utilizzato il proprio computer. Gli operatori hanno introdotto moltissime diverse soluzioni per ottenere un grado di sicurezza maggiore. Per esempio per sottoscrivere un contratto di assicurazione di viaggio o un abbonamento alla *pay-tv* è spesso richiesto stampare il contratto firmarlo, scansionarlo e trasmetterlo via *email*³³⁵; per aprire un conto corrente

³³⁰ F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, in *Tratt. di diritto dell'economia* diretto da E. Picozza e E. Gabrielli, Vol. I, Cedam, 2004.

³³¹ Modifica al codice del consumo attuata dal decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21, in attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori,

³³² Art. 51, comma 2, Cod.Cons..

³³³ Termine generico che, come già evidenziato comprende la firma elettronica debole, la firma elettronica avanzata, la firma elettronica qualificata, la firma digitale, e ogni altro strumento di identificazione previsto dal nostro ordinamento.

³³⁴ Si rinvia in proposito alle definizioni di cui al capitolo 5.

³³⁵ Si vedano per esempio le modalità di conclusione del contratto di assicurazione con Allianz o dell'accordo per la fornitura di servizi televisivi con Sky.

bancario, oltre a firmare il contratto e inviarlo in originale è richiesta la registrazione di una videochiamata con un funzionario della banca oppure l'invio di un bonifico da un conto corrente già esistente³³⁶. Un grado di sicurezza tra più elevati è infine quello che richiede l'autenticazione per mezzo di dispositivo di firma digitale. Le soluzioni sono varie e non necessariamente rientrano nel meccanismo di conclusione tramite *point and click*: bisogna valutare nel caso specifico se il contratto si conclude con la pressione del tasto negoziale (e la successiva procedura rappresenta una ripetizione del contratto per verifica dell'identità) oppure se il contratto si perfeziona solo con l'espletamento di quanto richiesto dal predisponente. È infatti quest'ultimo che, in applicazione della facoltà riconosciuta dall'art. 1326, comma quarto, c.c. e quindi avvalendosi della c.d. autonomia privata procedimentale³³⁷, individua le modalità concrete di conclusione del contratto.

Il tasto negoziale virtuale incontra poi notevoli limiti di natura formale e sostanziale. Dal primo punto di vista il contratto concluso esclusivamente con il *point and click*³³⁸ non può certamente soddisfare i requisiti di forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem* ma è possibile utilizzarlo validamente solo nei contratti per i quali sia ammessa piena libertà di forma. Vi sono poi i limiti di natura sostanziale di cui all'art. 1229 c.c. che stabilisce la nullità di qualsiasi clausola che limiti preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave. Altro limite è quello imposto dall'art. 1341, comma primo, c.c. in merito alle condizioni generali di contratto: esse dovranno essere organizzate in modo tale che l'aderente sia posto in condizione di conoscibilità prima di esprimere il consenso con il tasto negoziale virtuale; e quindi dovrà essere messo a disposizione apposito *link* alla pagina con le condizioni generali o -per un grado di tutela più elevato- dovrà essere resa obbligatoria (mediante *scrolling*) la visualizzazione a video delle condizioni prima di potere premere il tasto negoziale. Vi sono infine i limiti imposti dall'art. 1341, comma secondo, c.c. in merito

³³⁶ Si veda quanto richiesto per l'apertura del conto corrente Fineco.

³³⁷ A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale: la formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Giappichelli, 2002. Tale aspetto sarà oggetto di ampia riflessione nella successiva parte IV al quale si rimanda.

³³⁸ Il discorso cambia se alla pressione del tasto negoziale si affiancano altri strumenti come negli esempi poco sopra citati e come si vedrà a proposito delle clausole vessatorie sub cap. 8 e dell'autonomia privata procedimentale nella parte IV.

all'approvazione scritta delle clausole onerose³³⁹ (che non può essere soddisfatta con la pressione del tasto virtuale) e quelli relativi alla nullità delle clausole nei contratti dei consumatori di cui all'art. 33 Cod.Cons.³⁴⁰.

Per concludere il discorso relativo ai limiti del tasto negoziale virtuale è interessante un confronto con la realtà statunitense, ove il commercio elettronico ha avuto una diffusione più precoce. Anche negli Stati Uniti è riconosciuta l'efficacia dell'accordo telematico *point and click*, tuttavia essa è subordinata ad alcune condizioni quali: l'inesistenza di un precedente diverso accordo tra le parti, la conoscibilità delle condizioni generali di contratto e del diritto di recesso e l'adesione consapevole e ragionata alle condizioni generali. A tali principi, elaborati dalla *case law* nordamericana si affianca un documento che, pur non rivestendo valore legislativo, gode di grande rilevanza e autorevolezza: esso è intitolato "*Click-through agreements: Strategies for avoiding disputes on Validity of Assent*" ed è stato elaborato dalla *American Bar Association*³⁴¹. Come indica il titolo tale documento ha il fine dichiarato di evitare dispute sulla validità del consenso e si articola in quindici principi chiave così riassumibili: facoltà di esaminare i termini dell'accordo prima dell'accettazione con tasto negoziale virtuale; modalità di comunicazione dei termini dell'accordo; modalità di accettazione e diniego dell'accordo con relativi effetti; facoltà di correzione degli errori; obbligo di conservazione delle registrazioni telematiche inerenti la conclusione dell'accordo³⁴².

5. La conclusione del contratto mediante inizio dell'esecuzione ex art. 1327 c.c..

In dottrina si è osservato che una variante rispetto al procedimento di formazione del contratto con pressione del tasto negoziale è rappresentata dalla manifestazione del

³³⁹ In proposito si rinvia al capitolo 8.

³⁴⁰ E. TOSI, *Diritto privato dell'informatica e di internet*, Giuffrè, 2006, pp. 264 e ss.

³⁴¹ Considerata la più importante associazione di avvocati statunitense, nonché a livello internazionale.

³⁴² Working Group on Electronic Contracting Practices, Electronic-Commerce Subcommittee, Business Law Section, American Bar Association (ABA), *Click-through agreements: Strategies for avoiding disputes on Validity of Assent*, in *the Business Lawyer*, 57, 2001, 442 ss., richiamato da Si veda E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, p. 235.

consenso non mediante dichiarazione di volontà ma attraverso comportamento esecutivo concludente ex art. 1327 c.c.³⁴³.

Si tratta dello schema “proposta più inizio della prestazione dell’oblato” per il quale la citata norma prevede che il contratto si concluda nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l’esecuzione³⁴⁴. È richiesto che l’oblato dia avviso della iniziata esecuzione ma tale avviso non rientra nel procedimento di conclusione del contratto e la sua mancanza non influisce sulla validità dell’accordo già perfezionato ma ha conseguenze meramente risarcitorie. La possibilità di concludere il contratto con questa modalità è subordinata all’esistenza di uno dei tre requisiti alternativi: la richiesta del proponente, la natura dell’affare o gli usi.³⁴⁵

Tale norma rientra certamente tra quelle potenzialmente applicabili anche ai contratti telematici. Ed anzi molti autori l’hanno ritenuta quale fondamento di una diffusa modalità di conclusione del contratto. È infatti notoriamente frequente la prassi per cui il venditore nel predisporre il sito richiama che l’utente inserisca gli estremi della propria carta di credito per completare l’iter procedimentale e concludere il contratto inviando il proprio ordine di acquisto³⁴⁶.

Un diffuso orientamento dottrinale ravvisa quindi efficacia solutoria nell’invio dei dati relativi alla carta di credito e quindi ritiene pienamente applicabile l’articolo in commento³⁴⁷. Tale impostazione derivava dal confronto con i c.d. contratti per automatico nei quali, a fronte dell’inserimento del denaro nel distributore viene fornito in automatico il bene richiesto; ciononostante le differenze tra contratti per automatico e contratti virtuali sono evidenti e derivano in primo luogo dal fatto che nel contratto

³⁴³ E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, p. 211.

³⁴⁴ Quanto al luogo di conclusione si tornerà sull’argomento al successivo paragrafo 10.

³⁴⁵ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, 2011, p. 116.

³⁴⁶ La possibilità di invocare l’art. 1327 c.c. può essere ricercata nell’esistenza di una richiesta del proponente costituita dalla predisposizione del sito in modo tale che richieda tale requisito per completare la procedura.

³⁴⁷ Si vedano per esempio: A.M. GAMBINO, *L’accordo telematico*, Giuffrè, 1997, p. 141; nonché E. TOSI, *Contratti informatici, telematici e virtuali*, cit., p. 217; nonché A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Giappichelli, 1996, p. 271; GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, p. 89 seguenti.

concluso su internet esiste la possibilità di esprimere dichiarazioni (per manifestare l'accettazione), cosa che il distributore automatico non consente³⁴⁸.

Si ritiene perciò di aderire all'opposto orientamento che nega rilevanza all'art. 1327 c.c. nella maggior parte dei contratti virtuali³⁴⁹. Tale interpretazione muove da due rilievi: (i) la digitazione dei numeri della carta di credito non può essere considerata come pagamento e (ii) l'esecuzione del contratto non si sostituisce all'accettazione ma la affianca³⁵⁰.

La prima considerazione non appare per la verità del tutto decisiva. In primo luogo perché la digitazione dei numeri della carta di credito, se anche non può essere considerata come effettivo pagamento³⁵¹, rappresenta comunque una modalità di esecuzione del contratto. Nel senso che l'obbligo gravante sull'utente è proprio quello di fornire tali dati e in questo si può ravvisare un inizio di esecuzione del contratto. In secondo luogo in molti casi l'esecuzione richiesta non è il mero inserimento dei numeri della carta ma una diversa operazione che determina istantaneamente il trasferimento del denaro. Si pensi per esempio al pagamento tramite Paypal ove il passaggio dei fondi dal conto del compratore a quello del venditore avviene in tempo reale, oppure all'utilizzo di valute virtuali quali i Bitcoin (il cui trasferimento è immediato), nonché all'effettuazione di un bonifico bancario³⁵².

³⁴⁸ A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da BUSNELLI, PATTI, SCALISI e ZATTI, Giappichelli, 2002, p. 75.

³⁴⁹ Salvo che, effettivamente, al cliente si richieda la mera esecuzione del contratto senza alcun contestuale comportamento qualificabile come pressione del tasto negoziale virtuale (Cfr. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale: la formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Giappichelli, 2002, p. 77).

³⁵⁰ M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Dir. Informatica*, 6, 2004, p. 805; F. AZZARRI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, in *Contratti*, 2010, 3, p. 301; G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 308; M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016, pp. 299 e ss.

³⁵¹ Quella che manca è la certezza e rapidità del pagamento che invece caratterizza l'inizio dell'esecuzione ex art. 1327 c.c.. La non immediatezza del pagamento dipende dalla struttura trilaterale del funzionamento della carta di credito come evidenziato da G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 309.

³⁵² Forse l'ipotesi del bonifico bancario è quella che lascia più spazio alla soluzione in commento. È possibile che il predisponente richieda l'effettuazione del bonifico addirittura prima dell'invio del modulo d'ordine e della pressione del tasto negoziale. In tal caso quindi il contratto potrebbe davvero ritenersi concluso ex art. 1327 c.c..

Più convincente è invece la seconda obiezione: qualificato l'utilizzo del tasto negoziale virtuale come manifestazione espressa³⁵³ di volontà contrattuale attuata per mezzo del linguaggio informatico, non trova più spazio applicativo l'art. 1327 c.c.³⁵⁴. Appare infatti difficile immaginare una situazione in cui l'oblato si limiti ad inviare il pagamento (o i dati della carta di credito) senza compiere alcuna altra operazione. Quello che accade normalmente è che l'inserimento dei dati della carta di credito sia accompagnato dalla pressione del tasto negoziale virtuale e quindi da un comportamento equiparabile ad una dichiarazione espressa (che può essere contestuale oppure precedente all'inizio dell'esecuzione, a seconda di come viene strutturato l'iter procedimentale)³⁵⁵. In quest'ottica la digitazione dei dati della carta di credito riveste per l'aderente il ruolo di richiamo del valore giuridicamente impegnante del comportamento dichiarativo dell'oblato, nonché, per il proponente, uno strumento efficace di identificazione della propria controparte contrattuale³⁵⁶ e di garanzia in relazione all'esecuzione del contratto³⁵⁷.

In conclusione si ritiene che, salvo rare eccezioni, vi sia poco margine per configurare una modalità di formazione del contratto virtuale fondata sull'art. 1327 c.c., essendo in generale riscontrabile una manifestazione di volontà espressa attraverso il c.d. linguaggio informatico³⁵⁸.

³⁵³ Come evidenziato nel precedente paragrafo 3.

³⁵⁴ "Comunque, attraverso la digitazione della tastiera e l'utilizzazione del mouse, si è avuta una manifestazione di volontà all'acquisto che non può non essere presa in considerazione" (L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in Internet*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 99).

³⁵⁵ Così M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Dir. Informatica*, 6, 2004, p. 805: "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).

³⁵⁶ F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, in *Tratt. di diritto dell'economia* diretto da E. Picozza e E. Gabrielli, Vol. I, Cedam, 2004, p. 138.

³⁵⁷ A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale: la formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Giappichelli, 2002, p. 75.

³⁵⁸ È peraltro stato osservato che la figura del contratto virtuale -alla luce delle caratteristiche che ne fanno un caso emblematico di applicazione dell'autonomia privata procedimentale - possa essere ricondotto ad una categoria a sé stante, qualificata dalle scelte del proponente che, caso per caso, delinea lo specifico iter procedimentale da seguire. Sul punto si rinvia alla parte IV, nonché a A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale e formazione del contratto virtuale: annotazioni sull'art. 13 del d.lgs. 70/2003*, in *Dir. Internet*, 2006, 1.

6. Lo schema dell'accettazione mediante comportamento omissivo ex art. 1333.

Ai contratti virtuali si applica anche l'art. 1333 c.c. e quindi è possibile che il contratto si concluda mediante invio di una proposta non rifiutata dall'oblato. Tale modalità di conclusione non potrà chiaramente essere avviata con l'offerta al pubblico tramite sito web ma la proposta dovrà essere contenuta in un messaggio inviato ad uno specifico soggetto. In base alla norma citata la proposta diverrà irrevocabile appena giungerà a conoscenza dell'oblato e il contratto si concluderà in caso di mancato rifiuto da parte di quest'ultimo³⁵⁹.

La proposta riveste quindi le caratteristiche di atto ricettizio e può essere trasmessa attraverso internet, e quindi via *email* o attraverso altro strumento di comunicazione online³⁶⁰. Come noto, tale modalità di formazione si applica solamente ai contratti con obbligazioni del solo proponente e tale requisito andrà interpretato in maniera tendenzialmente restrittiva quando lo strumento utilizzato è internet; perché la tecnologia permette di inviare simultaneamente messaggi a milioni di destinatari in breve tempo e con costi decisamente limitati.

La dottrina dibatte da lungo tempo sulla questione se al contratto con obbligazioni del solo proponente possa essere riconosciuta natura contrattuale (nel senso della bilateralità), ovvero se essa sia essenzialmente caratterizzata da una struttura unilaterale³⁶¹. Ciononostante si osserva che entrambe le letture non sono di ostacolo all'applicazione dell'art. 1333 c.c. alla contrattazione online³⁶².

Autorevoli studiosi si sono poi interrogati sulla possibilità di configurare un contratto che si concluda in mancanza di accettazione espressa anche al di fuori dei limiti imposti

³⁵⁹ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, 2011, p. 120.

³⁶⁰ Si pensi ai messaggi privati su Facebook o Instagram, o, altri siti o applicazioni per scambio di messaggi e comunicazioni.

³⁶¹ A. ORESTANO, *Schemi alternativi*, in *Trattato del Contratto* di V. ROPPO, Vol. I, *Formazione*, a cura di C. GRANELLI, Giuffrè, 2006, pp. 201 e ss.; G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 310; C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e la rappresentanza*, in *Diritto Civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, *Il contratto in generale, Vol. III, Obbligazioni*, Giuffrè, 2009, p. 217.

³⁶² R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 12, p. 2553.

dall'art. 1333 c.c.³⁶³. A tale proposito si rileva che nell'ambito della contrattazione online appare difficile configurare un tale schema di formazione del contratto. Si correrebbe peraltro il forte rischio di andare incontro a ingiustizie dal momento che, come già osservato, la distanza tra le parti che caratterizza i contratti telematici rappresenta un ostacolo forte alla chiarezza dei rapporti; ne consegue che i contratti virtuali meritano una notevole cautela rispetto all'eccessiva semplificazione degli schemi formativi del contratto.

7. La variante procedimentale dell'invito a proporre.

Un meccanismo alternativo di conclusione del contratto virtuale molto diffuso è quello che qualifica il contenuto del sito web di *ecommerce* come invito a proporre³⁶⁴. In base a tale impostazione il venditore non farebbe direttamente un'offerta al pubblico a tutti coloro che accedono al suo sito ma si limiterebbe a mostrare i propri prodotti rendendosi disponibile a ricevere proposte di acquisto che poi potrà accettare o rifiutare. Dal mero invito a offrire non sorge quindi alcun obbligo contrattuale per il venditore fino a che questo non manifesta la propria accettazione.

Il criterio generale per distinguere l'invito a proporre dalla proposta contrattuale (sotto forma di offerta al pubblico) deve essere rinvenuto nella presenza degli elementi essenziali del contratto: se tali elementi sono indicati si potrà parlare di proposta completa, in caso contrario si tratterà di invito a proporre in quanto nessun contratto si potrebbe perfezionare in mancanza di tali elementi³⁶⁵.

³⁶³ E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, pp. 158 e ss.

³⁶⁴ La qualificazione dell'offerta contenuta all'interno del sito di commercio elettronico come invito a proporre è peraltro contenuta in una nota sentenza del Giudice di Pace di Partanna, una delle prime pronunce che si registrano in materia di contratti telematici. La sentenza del G.d.P. di Partanna del 1° febbraio 2002 è pubblicata su *Contr.*, 2002, 869, con nota di G. CASSANO e I.P. CIMINO, *Contratto con Internet e tutela della parte debole*. Autorevole dottrina (A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Giuffrè, 1997, p. 17) ha ritenuto di escludere che si potesse parlare di invito ad offrire in materia di contratti automatici perché in tal caso si qualificerebbe un'accettazione da parte di una macchina (il distributore automatico) il che appariva impossibile. Ora, come si vedrà a breve, non può che prendersi atto dell'esistenza di fattispecie in cui il contenuto del sito è espressamente qualificato come invito ad offrire e quindi l'ordine vale come proposta destinata ad essere accettata in automatico da parte di una macchina.

³⁶⁵ M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Dir. Informatica*, 6, 2004, p. 805. Si veda anche Cass., 7 luglio 2009, n. 15964, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 1057: "in tema di contratti, affinché sia configurabile una proposta — idonea a determinare, nel concorso dell'adesione del destinatario, la conclusione di un valido contratto — occorre che la

Tale criterio non si adatta perfettamente alla realtà del contratto virtuale in senso stretto perché non è pensabile che gli elementi del contratto (lasciati incompleti dal predisponente) siano definiti all'interno della dichiarazione dell'utente del sito dal momento che egli si limita ad inserire i propri dati e *clickare* il tasto negoziale virtuale. Anzi nel contratto concluso tramite sito internet il contenuto del contratto è sempre puntualmente definito dal venditore che predispose il sito internet. Ne consegue che l'identificazione del meccanismo come proposta al pubblico piuttosto che come invito ad offrire dipende essenzialmente da come il procedimento di formazione del contratto viene definito dal predisponente. È quindi il venditore che nelle condizioni generali di contratto pubblicate sul sito attribuirà alla propria dichiarazione l'efficacia di offerta al pubblico ovvero di mero invito a proporre.

Dall'analisi delle condizioni generali riportate sui più diffusi siti di commercio elettronico non si registra una prevalenza dell'uno o dell'altro meccanismo. Operatori economici molto radicati nel territorio italiano come Yoox.com³⁶⁶, Lesara.it³⁶⁷ ed ePrice.it³⁶⁸ qualificano espressamente il contenuto del proprio sito come offerta al pubblico. Altri invece, pur inserendo nella propria dichiarazione (mediante collegamento alle condizioni generali di contratto) ogni elemento del contratto³⁶⁹, specificano che il contenuto del sito deve essere considerato quale invito ad offrire escludendo quindi radicalmente la possibilità di qualificarlo come offerta contrattuale.

dichiarazione del proponente sia completa, nel senso di contenere tutti gli elementi del futuro contratto, e che, inoltre, non sia accompagnata da riserve sul suo carattere attualmente impegnativo, perché la dichiarazione che non manifesti una decisione, ma sia rivolta al destinatario solo per impostare una trattativa o per esprimere una disponibilità dell'autore senza la volontà di esporsi al vincolo contrattuale se non dopo ulteriori passaggi valutativi, non conferisce al destinatario stesso il potere di determinare, con l'accettazione, l'effetto conclusivo del contratto". Si veda in proposito anche E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, p. 187, nonché G. SANTOSUOSSO, *Il codice internet e del commercio elettronico. Aspetti giuridici di rilevanza civilistica*, CEDAM, 2001, p. 93.

³⁶⁶ Yoox Net-A-Porter Group S.p.A. è un'azienda italiana attiva nel settore delle vendite *online* di beni di moda, lusso e design e nelle condizioni di contratto precisa che *"il contratto è concluso quando il Venditore riceve, per via telematica, il tuo modulo d'ordine, previa verifica della correttezza dei dati relativi al tuo ordine"*.

³⁶⁷ Filiale italiana di un importante sito di e-commerce di abbigliamento tedesco la quale stabilisce nelle condizioni generali che *"Le descrizioni dei prodotti presenti nel negozio online del venditore costituiscono offerte vincolanti da parte del venditore stesso"*.

³⁶⁸ ePrice è uno dei principali siti di commercio elettronico specializzato in prodotti tecnologici ed anche in questo caso è chiarito che *"per concludere il contratto di acquisto di uno o più Prodotti sul Sito, l'utente dovrà compilare un modulo d'ordine in formato elettronico e trasmetterlo a ePRICE, in via telematica, seguendo le istruzioni che compariranno di volta in volta sul Sito"* e che *"il contratto è concluso quando il modulo d'ordine perviene al server di ePRICE"*.

³⁶⁹ Non solo gli elementi essenziali ma anche quelli collaterali.

Si vedano a tal proposito le condizioni generali di contratto di due colossi del commercio elettronico a livelli mondiale quali Amazon e Groupon che, avvalendosi del potere³⁷⁰ di cui all'art. 1336 c.c., privano la propria dichiarazione dell'efficacia di proposta contrattuale. Il primo specifica espressamente che *“la presentazione di prodotti e di servizi sul sito o tramite le applicazioni Amazon per dispositivi mobili costituisce un invito ad offrire”* e così anche il secondo precisa che *“cliccando sul pulsante «Acquista Ora» inviate a Groupon una proposta di acquisto del Coupon”*³⁷¹.

Le differenze applicative tra l'una e l'altra impostazione sono evidenti in quanto viene modificato il momento in cui si conclude il contratto: optando per lo schema dell'offerta al pubblico il venditore ottiene un contratto immediatamente vincolante per la controparte ma si espone al rischio di risultare inadempiente nel caso in cui non fosse poi in grado di fornire il bene o il servizio oggetto dell'accordo³⁷²; nel caso invece di invito ad offrire il venditore sposta in avanti il momento della conclusione del contratto e lo porta nella propria esclusiva sfera decisionale: ricevuta l'offerta da parte dell'acquirente³⁷³ egli può decidere se e quando concludere il contratto manifestando il proprio assenso. Il venditore scongiura così il rischio di essere considerato inadempiente per indisponibilità del bene o servizio³⁷⁴. Dalla scelta del meccanismo dell'invito a proporre deriva poi un ulteriore vantaggio per il venditore: egli in caso di offerta ad un pubblico indiscriminato sarebbe soggetto al rischio di cessione di beni o servizi in relazione a soggetti la cui legge nazionale non consentirebbe loro di acquistarli³⁷⁵, mentre con l'invito a proporre ha la possibilità di selezionare la propria controparte contrattuale.

³⁷⁰ Ci si riferisce all'inciso contenuto nell'art 1336 c.c. *“salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi”* e quindi alla possibilità per il predisponente di incidere sul contesto e sull'efficacia della sua dichiarazione.

³⁷¹ Le condizioni riportate tra virgolette, così come le citazioni contenute nelle note relative a Lesara, Yoox e ePrice, si riferiscono alle condizioni generali di contratto riportate sui rispettivi siti internet nel mese di ottobre 2017.

³⁷² Salvo che l'offerta fosse fin dall'origine limitata quantitativamente.

³⁷³ E, spesso, accertata la piena validità della stessa mediante verifica della correttezza dei dati della carta di credito.

³⁷⁴ E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, p. 206.

³⁷⁵ Si pensi ad un contratto di vendita di carne bovina in uno stato dove è vietato, oppure al commercio di sostanze che sono considerate illecite solo in alcuni Paesi, come osservato da G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 307.

La presente questione sarà ora oggetto di ulteriore analisi unitamente all'efficacia della conferma d'ordine, alla luce della rilevanza di tale elemento nella definizione dell'iter procedimentale e nell'individuazione del momento di conclusione del contratto.

8. La conferma d'ordine.

L'art. 13 del D.lgs. 70/2003 ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto della conferma d'ordine. Si tratta di un obbligo gravante sul prestatore a tutela del destinatario che acquista il bene o il servizio nell'ambito della società dell'informazione (ossia online). Il prestatore, successivamente all'invio dell'ordine, è tenuto ad accusare ricevuta dell'ordine mediante una comunicazione che contenga un riepilogo delle condizioni generali e particolari applicabili al contratto, nonché le informazioni relative alle caratteristiche essenziali del bene o del servizio, l'indicazione dettagliata del prezzo, dei mezzi di pagamento, del recesso, dei costi di consegna e dei tributi applicabili.

Tale obbligo riguarda solo i contratti virtuali in senso stretto e quindi esclusivamente quei contratti conclusi mediante l'utilizzo di piattaforme di commercio elettronico come i siti internet³⁷⁶.

Anche questa regola è diversamente articolata a seconda che l'utente rivesta o meno la qualità di consumatore. Ciò perché, in primo luogo, la menzionata disciplina del D.Lgs. 70/2003 è derogabile quando l'accordo riguarda soggetti non consumatori³⁷⁷ e, in secondo luogo, perché la tutela è stata recentemente ampliata dalla riforma del 2014 al codice del consumo. L'attuale normativa consumeristica, oltre a richiamare la conferma d'ordine ex art 13 comma secondo³⁷⁸, aggiunge che il professionista debba dare

³⁷⁶ Sono infatti esclusi da questo obbligo i contratti conclusi “*esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti*” (art. 13, comma quarto, D.Lgs. 70/2003).

³⁷⁷ L'incipit del secondo comma dell'art 13 D.Lgs. 70/2003 recita “*salvo diverso accordo tra parti diverse dai consumatori*” e rende quindi possibile al prestatore specificare nel contratto (fornendone la necessaria informativa precontrattuale) che non sarà dovuta alcuna conferma successiva alla conclusione dello stesso.

³⁷⁸ Il comma nono dell'art 51 Cod.Cons. specifica che sono “*impregiudicate le disposizioni relative alla conclusione di contratti elettronici e all'inoltro di ordini per via elettronica conformemente agli articoli 12, commi 2 e 3, e 13 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70 e successive modificazioni*”.

conferma del contratto concluso al consumatore, su un mezzo durevole³⁷⁹ ed entro un termine ragionevole (al più tardi entro la consegna dei beni o prima dell'inizio dell'esecuzione)³⁸⁰. Tale conferma, in base al codice del consumo, deve contenere tutte le informazioni indicate dall'art. 49 comma primo, ossia quelle oggetto dell'obbligo di informazione precontrattuale (a meno che esse non siano già state trasmesse su un supporto durevole³⁸¹), nonché -nel caso di fornitura di contenuto digitale su supporto non materiale- la conferma dell'eventuale consenso espresso del consumatore ad iniziare l'esecuzione del contratto dalla quale dipende il venir meno del diritto di recesso³⁸².

La ratio della norma è chiaramente quella di tutelare l'utente della piattaforma di commercio elettronico il quale altrimenti dopo avere completato la procedura di ordine tramite il sito internet potrebbe non avere certezza sul buon esito della stessa, o comunque non potrebbe averne evidenza. Per questo motivo il legislatore precisa anche le modalità ed i tempi con le quali la conferma deve essere trasmessa. La ricevuta deve essere accusata per via telematica (in sintonia con lo strumento utilizzato per la conclusione del contratto) e, nel caso di contratto del consumatore, essa deve essere fornita su un mezzo durevole³⁸³. Per supporto (o mezzo) durevole si intende uno

³⁷⁹ Per supporto (o mezzo) durevole si intende uno strumento che permette al destinatario una facile memorizzazione della comunicazione e quindi, per esempio, un cd, un dvd, una penna usb o, più semplicemente, una *email*.

³⁸⁰ Art. 51, comma settimo, Cod.Cons.

³⁸¹ Come già visto, il professionista ha la facoltà di fornire l'informativa precontrattuale su un supporto durevole ma non l'obbligo, potendo in alternativa utilizzare il "*modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato*". Ove però non utilizzi un supporto durevole per tali informazioni prima del contratto egli è tenuto ad utilizzarlo successivamente includendole nella conferma d'ordine.

³⁸² Come stabilito dall'art. 59, lett. o) Cod.Cons. in quanto il download del file o del *software* ne impedirebbe la restituzione.

³⁸³ È interessante notare che il requisito del supporto durevole è stato introdotto nella normativa italiana con la riforma del codice del consumo ma già precedentemente era stato stabilito dalla Corte di Giustizia che con la sentenza del 5 luglio 2012 n° C-49/11 (pubblicata su www.altalex.it con nota di M. IASELLI, *Contratti a distanza: non basta un link per la conferma scritta delle informazioni*) ha precisato che *non soddisfa i requisiti da esso imposti una prassi commerciale che consista nel rendere accessibili le informazioni richieste dalla norma precitata solamente attraverso un collegamento ipertestuale a un sito Internet dell'impresa interessata, dal momento che tali informazioni non sono né «fornite» da tale impresa né «ricevute» dal consumatore*".

strumento che permetta al destinatario una facile memorizzazione della comunicazione e quindi, per esempio, un cd, un dvd, una penna *usb* o, più semplicemente, una *email*³⁸⁴. Quanto ai tempi, la conferma deve essere data “*senza giustificato ritardo*” e, quando è coinvolto un consumatore, entro un termine ragionevole, o al più tardi, entro la consegna. La conferma si considera pervenuta al destinatario quando questo ha la possibilità di accedere al domicilio informatico³⁸⁵.

Tra le funzioni della conferma non va sottovalutato il ruolo di comunicare (o ripetere) le informazioni e di costituire quindi un uno strumento ricognitivo-probatorio a protezione della sfera dell’utente³⁸⁶. In quest’ottica è stato definito come obbligo di informazione “*post-negoziale*”³⁸⁷.

9. Il ruolo della conferma d’ordine nella determinazione del momento del perfezionamento dell’accordo.

L’individuazione del meccanismo di formazione del contratto³⁸⁸ ha conseguenze giuridiche significative sul rapporto oggetto del contratto. In particolare incide sul momento in cui si può considerare l’accordo come perfezionato, e quindi giuridicamente vincolante. Tale argomento si intreccia con il ruolo e la natura della conferma d’ordine ex art. 13 D.Lgs. 70/2003 e per questa ragione è opportuno in questa sede approfondire le riflessioni relative a tale istituto³⁸⁹. In base alla norma appena citata il venditore deve “*senza ingiustificato ritardo e per via telematica, accusare ricevuta dell’ordine del destinatario contenente un riepilogo delle condizioni applicabili al contratto*”. Tale conferma entra a fare parte a pieno titolo del meccanismo contrattuale telematico del commercio elettronico (quantomeno con riferimento ai

³⁸⁴ Per approfondimento sulla nozione di supporto durevole si rinvia a G. MILIZIA, *La mailbox della banca online è un supporto durevole su cui trasmettere le informazioni al cliente?*, su *Diritto & Giustizia*, 2017, 15, p. 53.

³⁸⁵ La norma richiama quindi il concetto di presunzione di conoscenza ex art. 1335 c.c..

³⁸⁶ R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 12, p. 2553.

³⁸⁷ G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell’informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 291.

³⁸⁸ Offerta al pubblico e accettazione mediante *point and click*, oppure invito ad offrire, o, meccanismi di cui agli artt. 1327 e 1333 c.c., o, ancora, altri meccanismo.

³⁸⁹ La disciplina della conferma d’ordine ex art. 13 D.Lgs. 70/2003 è già stata oggetto di analisi nel precedente paragrafo 8.

contratti dei consumatori per i quali l'obbligo di ricevuta è inderogabile).

La questione di maggior rilievo è se la conferma d'ordine rientri nel procedimento di formazione del contratto, oppure se sia un adempimento successivo alla conclusione dell'accordo. A seconda che si segua l'una o l'altra impostazione si determina un diverso momento di perfezionamento del contratto.

Secondo parte della dottrina l'obbligo di inviare la ricevuta d'ordine non fa parte del procedimento di conclusione del contratto, e quest'ultimo si conclude già con la ricezione dell'ordine (da qualificare come accettazione conforme) da parte del venditore³⁹⁰. Il contratto, come osservato nel corso dei presenti capitoli si concluderebbe secondo uno degli schemi individuati nel codice civile e, tendenzialmente mediante lo scambio di dichiarazioni negoziali qualificabili come offerta e accettazione, ovvero mediante altro tipo di comportamento qualificabile come manifestazione di volontà (tacita o esplicita) di accettare l'offerta³⁹¹. In tale ottica, quindi, l'obbligo di accusare ricevuta (conferma d'ordine) verrebbe sostanzialmente assimilato all'obbligo di cui all'art. 1327 c.c. il cui inadempimento non incide sulla formazione del contratto ma rileva esclusivamente sul piano risarcitorio. Ed infatti il contenuto della ricevuta d'ordine viene ricondotto alla categoria dei c.d. obblighi di informazione post-negoziale³⁹².

Anche la giurisprudenza di merito ha avuto modo di aderire, pur in termini leggermente dubitativi, a questa impostazione: *“Per quanto concerne il momento della conclusione del contratto, l'opinione più accreditata ritiene che l'ordine di acquisto sia la*

³⁹⁰ “la sua formulazione letterale mostra di concepire l'avviso di ricevimento –che il prestatore deve senza ingiustificato ritardo far pervenire al consumatore per via telematica- come obbligo di chi vende e non come onere che condiziona il perfezionarsi del procedimento di formazione del contratto” (A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da BUSNELLI, PATTI, SCALISI e ZATTI, Giappichelli, 2002, p. 86). Sul punto di veda anche R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 12, p. 2553; E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Contratto e impresa*, 2014, 6, pp. 1264 e ss.; nonché G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 291.

³⁹¹ Sulle riflessioni in merito all'applicabilità degli schemi codicistici al contratto telematico si tornerà nella parte IV.

³⁹² G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 291; M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016, p. 292.

*manifestazione dell'accettazione di una offerta al pubblico, e quindi la comunicazione con cui viene accusata ricevuta dell'ordine interviene a contratto concluso*³⁹³.

Non manca peraltro chi ha osservato che non necessariamente ridurre il ruolo della conferma d'ordine a mero adempimento successivo alla conclusione dell'accordo risulti in via definitiva in una maggiore tutela per l'acquirente. Secondo tale orientamento qualificare l'obbligo di conferma come adempimento successivo la conclusione del contratto significherebbe azzerare il senso pratico della norma e non garantire la tutela dell'acquirente; nel senso che quest'ultimo, non ricevendo conferma, rischierebbe di essere vincolato da un contratto (per avere azionato il tasto negoziale virtuale) senza però averne sicurezza e senza averne la prova. Al contrario, se si ritenesse che il contratto non è concluso fino alla ricezione della conferma d'ordine, si tutelerebbe al massimo l'interesse dell'acquirente ad avere certezza sia circa la conclusione del contratto, sia circa il suo contenuto³⁹⁴. Tale lettura sarebbe peraltro compatibile con l'osservazione degli scarsi rimedi³⁹⁵ che sono altrimenti forniti per il caso di inadempimento dell'obbligo di conferma: per l'inadempimento non è infatti prevista neppure la sanzione amministrativa³⁹⁶ di cui all'art. 21 D.Lgs. 70/2003 e dal punto di vista civilistico il rimedio di maggiore rilievo è rappresentato dal prolungamento del termine per l'esercizio del diritto di recesso nei contratti del consumatore³⁹⁷.

³⁹³ C. App. Cagliari, sent. del 30 giugno 2011, n. 291, pubblicata su *Rivista giuridica sarda*, 2014, p. 43, con nota di E. ANGIONI, *Brevi note sui meccanismi di formazione del contratto online*; nonché Trib. Bari, sentenza del 11 giugno 2007, pubblicata su *Dir. e prat. soc.* 2007, 19, 85.

³⁹⁴ A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale e formazione del contratto virtuale: annotazioni sull'art. 13 del d.lgs. 70/2003*, in *Dir. Internet*, 2006, 1. "L'alternativa prescelta –quella, cioè, di considerare il contratto concluso solo se e quando perviene al consumatore la conferma dell'ordine– pare soddisfare a pieno l'interesse tutelato; quello del consumatore a sapere con certezza che il contratto si è davvero concluso (ed internet, talvolta, per navigatori inesperti o alle prime armi è un regno misterioso, nel quale si rischia di perdersi, o di non comprendere a pieno il significato degli atti che si compiono) e che, per conseguenza, da esso sono sorti diritti e obblighi di pieno significato giuridico." (A.M. BENEDETTI, *L'autonomia privata procedimentale nella formazione del contratto virtuale*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di F. RUSCELLO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 110).

³⁹⁵ F. AZZARRI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, in *Contratti*, 2010, 3, p. 301.

³⁹⁶ Art. 21, comma primo, D.Lgs. 70/2003: "Salvo che il fatto costituisca reato, le violazioni di cui agli articoli 7, 8, 9, 10 e 12 sono punite con il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria da 103 euro a 10.000 euro". L'art. 13, che prevede l'obbligo di conferma d'ordine, non è quindi menzionato da tale norma sanzionatoria.

³⁹⁷ In caso di inosservanza degli obblighi informativi (precontrattuali, ma anche postcontrattuali) il termine di 14 giorni per esercitare il diritto di recesso inizia a decorrere solamente dopo il soddisfacimento di tali obblighi, o, al più tardi dopo un anno (da cosa?).

A conclusioni analoghe si può arrivare osservando che nella prassi l'avviso di ricevimento (conferma d'ordine) viene generalmente trasmesso un istante dopo la ricezione dell'ordine in maniera automatica. Si può quindi trovare difficoltoso qualificare l'invio della conferma come atto comportamentale dell'operatore. È stato pertanto osservato che il mancato avviso, più che come inadempimento di un obbligo, possa essere considerato come indice della mancata ricezione dell'ordine. In base a tale impostazione l'automatica correlazione tra ricezione dell'ordine e invio della conferma è tale da creare solamente due scenari alternativi: o l'ordine è stato ricevuto e la conferma inviata (con perfezionamento dell'accordo), oppure se la conferma non è stata inviata vuol dire che l'ordine non è stato in realtà ricevuto e che quindi il contratto non si è perfezionato (non perché la conferma d'ordine sia elemento del procedimento formativo ma proprio perché la sua mancanza è indice della mancata ricezione dell'ordine)³⁹⁸. Ciò non toglie che il cliente possa essere invece sicuro di avere correttamente inviato l'ordine e che questo sia stato comunque ricevuto anche in mancanza della conferma d'ordine. Per questa ragione spesso chi predispose il sito internet introduce nelle condizioni generali di contratto apposite clausole che specificano con precisione quando deve ritenersi perfezionato il contratto in modo tale che l'utente possa conoscere le conseguenze del mancato ricevimento della conferma d'ordine.

Ne consegue che i ragionamenti generali appena esposti valgono in concreto solamente quando l'*iter* procedimentale non sia già precisamente definito dalle parti (*rectius* dalla parte predisponente). In molti casi infatti all'interno delle condizioni generali di contratto il venditore indica precisamente quando si intenderà perfezionato il contratto e quale ruolo abbia la conferma d'ordine³⁹⁹.

Deve peraltro essere ricordata l'esistenza di altre teorie che ricostruiscono la formazione del contratto telematico in modo ancora diverso spostando più avanti nel tempo il momento in cui il contratto si perfeziona in via definitiva. In particolare l'invio dell'ordine è stato qualificato come elemento positivo di una fattispecie complessa composta da altri elementi positivi (come il contenuto del sito internet messo a

³⁹⁸ A.M. GAMBINO e A. STAZI, *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, Giappichelli, 2009, p. 89.

³⁹⁹ A tal proposito si vedano le condizioni contrattuali analizzate nel capitolo 12.

disposizione dal venditore, e la conferma d'ordine) e da uno negativo, costituito dal mancato esercizio del diritto di recesso entro il termine previsto dalla legge⁴⁰⁰. In base a tale impostazione il contratto non si considererebbe concluso fino a che l'acquirente ha la possibilità di esercitare il diritto di recesso. Tale impostazione appare senz'altro suggestiva ma, come si vedrà nel seguito⁴⁰¹, confligge, oltre che con la tradizionale disciplina di conclusione del contratto (richiamata espressamente dall'art. 13 D.Lgs. 70/2003), anche con l'art. 51, comma sette, Cod.Cons. che fa riferimento all'obbligo di "conferma del contratto concluso" e quindi ad un contratto già concluso⁴⁰², nonché con il fatto che il diritto di recesso è previsto solo in relazione ad alcuni dei contratti che si possono concludere online⁴⁰³.

10. Il luogo di conclusione del contratto virtuale in senso stretto.

Autorevole dottrina ha osservato che "il diritto ha bisogno del dove"⁴⁰⁴. La risposta più immediata potrebbe essere che il dove del contratto virtuale è proprio lo spazio virtuale⁴⁰⁵. Ciononostante il giurista non può non domandarsi in quale luogo fisico (reale e non virtuale) si debba considerare concluso il contratto e quindi la risposta che rimanda allo spazio virtuale può non sempre essere appagante, anche se spesso sostanzialmente persuasiva, come si vedrà a breve.

Il collegamento del contratto con lo spazio reale (come luogo di conclusione dell'accordo) è meno rilevante di quanto possa a prima vista apparire e, soprattutto, ha

⁴⁰⁰ L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in Internet*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, pp. 130 e ss.: "il recesso, quindi, in un procedimento così pensato, svolge un duplice ruolo, a seconda che si caratterizzi positivamente o negativamente: il mancato esercizio del diritto di recesso consente di raggiungere la vincolatività del consenso e, di conseguenza, di dar vita al contratto (recesso come elemento negativo del procedimento); l'esercizio del diritto di recesso rappresenta ostacolo alla conclusione del contratto e, nello stesso tempo, revoca del simulacro di accettazione che non poteva considerarsi giuridicamente tale, mancando di determinatezza l'oblato (recesso come elemento positivo del procedimento)"; A.M. GAMBINO e A. STAZI, *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, Giappichelli, 2009, p. 89.

⁴⁰¹ Al capitolo 9, paragrafo 8.

⁴⁰² Su tali riflessioni ci si soffermerà nel capitolo dedicato al diritto di recesso del consumatore.

⁴⁰³ Tra i tanti esempi di contratti esclusi dal diritto di recesso si ricordano quelli in cui il bene acquistato è oggetto di personalizzazione in base alla richiesta dell'acquirente o quelli che non possono essere restituiti per ragioni di igiene, a tal proposito si rinvia al capitolo 9.

⁴⁰⁴ N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, 2001, p. 3; E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Contratto e impresa*, 2014, 6, pp. 1264 e ss..

⁴⁰⁵ Come brevemente definito nelle pagine introduttive.

importanza inferiore rispetto a quanto invece accade per i contratti “tradizionali”⁴⁰⁶. Nella disciplina codicistica (al di là delle questioni che si intrecciano con il momento del perfezionamento dell’accordo) il luogo di conclusione potrebbe rilevare principalmente sotto tre profili: la determinazione della competenza giurisdizionale, l’individuazione della legge applicabile e l’interpretazione ex art. 1368 c.c..

Sotto il primo profilo la rilevanza nei contratti dei consumatori è pressoché nulla in quanto vige la regola del foro generale del consumatore⁴⁰⁷. Nei contratti diversi da quelli in cui si applica la tutela consumeristica il luogo di conclusione del contratto può invece rilevare per l’individuazione del foro facoltativo ex art. 20 c.p.c. sebbene la prassi insegna che generalmente le parti (specie la parte predisponente) provvedono a definire tra le condizioni contrattuali anche quale sia il foro competente a risolvere eventuali controversie⁴⁰⁸. Ciononostante non v’è dubbio che uno spazio di rilevanza rimanga in quanto, in mancanza di previo accordo tra le parti (limitatamente ai contratti diversi da quelli B2C), il giudice del luogo di conclusione sarà competente ex art. 20 c.p.c.⁴⁰⁹.

Nell’ambito della legge applicabile al contratto il luogo di conclusione del contratto ha rilevanza ancora minore. È infatti assai frequente che il predisponente individui espressamente da quale legge debba essere regolato il contratto essendogli ciò concesso dalle norme di diritto internazionale sia nell’ambito dei contratti B2B sia nei contratti dei consumatori ove però la scelta è limitata dal fatto che il consumatore non può essere privato dalla protezione garantita dalle disposizioni imperative della legge del paese di

⁴⁰⁶ F. AZZARRI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, in *Contratti*, 2010, 3, p. 301; altri su scarsa rilevanza del luogo

⁴⁰⁷ Ex art. 33 comma 2, lett. u, ogni diverso accordo è viziato da nullità relativa (in quanto clausola presuntivamente vessatoria) a meno che la deroga non sia stata oggetto di trattativa individuale il che, come visto, è difficilmente configurabile nell’ambito dei contratti virtuali. Si vedano in proposito F. AZZARRI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, in *Contratti*, 2010, 3, p. 301; G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell’informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 316.

⁴⁰⁸ G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell’informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 316; M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Dir. Informatica*, 6, 2004, p. 805.

⁴⁰⁹ L. ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers e sull’accettazione di un’offerta in internet*, in *Giust. civ.*, 1997, 1, p. 21: “La legge non pone alcuna norma esplicita circa il luogo di conclusione del contratto (140), anche se la questione è di notevole interesse pratico: da essa dipende infatti uno dei criteri di competenza territoriale (art. 20 c.p.c.) e, pur se di minore rilievo, l’individuazione della pratica interpretativa ex art. 1368 c.c.”.

residenza⁴¹⁰. In mancanza di scelta le disposizioni di diritto internazionale privato contengono dei criteri di collegamento (per la determinazione della legge regolatrice) i quali prescindono totalmente dal luogo di conclusione del contratto⁴¹¹ dando prevalenza ad altri criteri. In tale contesto il luogo in cui si conclude l'accordo è totalmente irrilevante⁴¹².

Quanto infine alle c.d. pratiche interpretative, l'art. 1368 c.c. attribuisce espressamente valore al luogo di conclusione del contratto ed è quindi necessario individuare gli strumenti per individuare quale sia tale luogo materiale. In riferimento a tale norma si è già evidenziata⁴¹³ l'opportunità (ad oggi solamente teorizzata⁴¹⁴) di riferire il richiamo non già ad un luogo materiale bensì proprio a quello "spazio virtuale" che senz'altro può ritenersi caratterizzato da prassi e usi fortemente consolidati e tipici esclusivamente di quella realtà⁴¹⁵.

Nonostante si sia appena evidenziata la limitata prospettiva applicativa della definizione del luogo (geografico) di conclusione del contratto, tale problema conserva una sua rilevanza, anche teorica, che merita di essere analizzata⁴¹⁶ nel seguente paragrafo.

11. L'indirizzo virtuale e l'indirizzo reale del proponente.

L'art. 13 del D.Lgs. 70/2003 contiene due disposizioni rilevanti in merito alla determinazione del luogo di conclusione del contratto. In primo luogo precisa (al primo

⁴¹⁰ Il riferimento è a quanto stabilito dalla Convenzione di Roma del 1980, nonché, per quanto riguarda gli Stati membri dell'Unione Europea il Regolamento CE 593/2008, c.d. Roma I ed in particolare all'art. 6 del regolamento.

⁴¹¹ Per i contratti dei consumatori la Convenzione di Roma del 1980 e il Regolamento CE 593/2008 rinviano alla legge della dimora abituale del consumatore mentre per gli altri contratti sono previsti diversi criteri a seconda della tipologia.

⁴¹² E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, p. 264; G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 316; M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Dir. Informatica*, 6, 2004, p. 805.

⁴¹³ Come già osservato in riferimento al luogo di conclusione del contratto via *email* al capitolo 6, paragrafo 4.

⁴¹⁴ Ma forse nella sostanza, anche inconsapevolmente, gli operatori del diritto, hanno ben chiare le caratteristiche e le peculiarità della realtà virtuale, e finiscono quindi per interpretare i contratti telematici in maniera conforme a queste.

⁴¹⁵ A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da BUSNELLI, PATTI, SCALISI e ZATTI, Giappichelli, 2002, p. 86.

⁴¹⁶ E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, p. 265.

comma) che le norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche agli ordini effettuati in via telematica e quindi rimanda espressamente alla disciplina codicistica; in secondo luogo (al terzo comma) precisa che l'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti alle quali sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi. Su queste base l'interpretazione più rispettosa della norma appare quella che individua la conclusione del contratto nel momento in cui l'accettazione giunge al proponente (art. 1326 c.c.) ma affinché tale requisito si perfezioni è sufficiente che il destinatario possa accedere alla comunicazione contenente l'ultimo atto procedimentale. Decisivo sarebbe quindi definire non tanto quando il proponente prende conoscenza dell'accettazione ma quando egli ha "*la possibilità di accedervi*".

Da questo deriva il concetto di indirizzo virtuale del proponente⁴¹⁷: il venditore, attraverso il sito, definisce come deve essere inviata la proposta ed in tal modo identifica il proprio indirizzo virtuale. Siccome spesso la connessione avviene attraverso *server* gestiti da soggetti terzi rispetto al rapporto, si dovrebbe ritenere che il contratto si sia concluso nel luogo in cui tale *server* si trova⁴¹⁸. Il contratto quindi non si conclude nel luogo in cui si trova il proponente, né dove si trova l'accettante, bensì nel luogo in cui si trovano i *server* del *provider* del quale si avvale il proponente e dove arrivano gli impulsi elettronici relativi all'accettazione da parte dell'oblato⁴¹⁹. In un luogo, quindi,

⁴¹⁷ "L'indipendenza dell'indirizzo dalla collocazione fisica sul territorio del proponente si giustifica per il fatto che l'indirizzo è concetto strumentale a quello di dichiarazione recettizia. L'indirizzo indica il luogo in cui la dichiarazione deve giungere per acquisire efficacia, *rectius* per determinare la conclusione del contratto. Si è riconosciuto, quindi, in capo al proponente il potere di fissare il proprio indirizzo e quindi di stabilire il luogo e, indirettamente, il tempo di conclusione del contratto. Esercitando tale potere il proponente interviene sul procedimento di conclusione del contratto nell'esercizio dell'autonomia contrattuale." (E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, p. 206).

⁴¹⁸ Perché è lì che l'accettazione entra nella sfera del proponente il quale, ex art. 13, comma 3, D.Lgs. 70/2003 ha la possibilità di accedervi.

⁴¹⁹ "Il contratto si concluderà, secondo la presunzione di conoscenza (ex art. 1335 c.c.), nel momento e nel luogo nel quale gli impulsi elettronici contenenti l'accettazione del navigatore verranno registrati dal server del provider del proponente (offerente). Anche in tal caso, quindi, il tempo e il luogo di conclusione non dipendono dal momento della effettiva cognizione, ma, rispettivamente, dal momento della registrazione della dichiarazione di accettazione da parte del server stesso e dall'ubicazione del server del provider del proponente (c.d. indirizzo elettronico)." (G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 305).

potenzialmente distante migliaia di chilometri dalle parti del contratto e privo di alcun collegamento sostanziale con la relazione contrattuale⁴²⁰.

Ne consegue che quando il contratto segue lo schema della proposta al pubblico esso si considera concluso nel luogo in cui si trova il server del proponente che riceve gli impulsi che corrispondono alla pressione del tasto negoziale virtuale da parte dell'oblato⁴²¹. Quando invece il contenuto del sito è strutturato come un invito ad offrire la dichiarazione (comunicata con lo strumento del tasto negoziale virtuale) dell'utente si qualifica come proposta e il contratto si conclude solo con la successiva accettazione da parte del venditore (che generalmente viene inviata via *email*). In tal caso quindi il contratto si conclude non nel luogo in cui si trova il server del provider cui si appoggia il venditore ma dove si colloca quello che gestisce il servizio di posta elettronica dell'utente del sito che formula la proposta (sulla base dell'invito a proporre) e riceve l'accettazione⁴²². Aderendo invece alla tesi che configura l'invio degli estremi della carta di credito come inizio dell'esecuzione ex art. 1327 c.c. il luogo di perfezionamento dell'accordo dovrebbe essere individuato nel luogo in cui l'utente procede con l'inserimento degli estremi della carta di credito. Tale soluzione tuttavia (come già esposto al capitolo 6, paragrafo 4) non appare convincente in quanto si ritiene che anche quando l'utente comunica il proprio numero di carta di credito il contratto si concluda ex art. 1326 c.c. mediante pressione del tasto negoziale virtuale e non con il meccanismo di cui all'art. 1327 c.c..

I criteri di individuazione del luogo di conclusione del contratto appena individuati non appaiono invero del tutto convincenti nonostante siano sostenuti da autorevole dottrina e

⁴²⁰ Ovviamente i presenti ragionamenti sono basati sul presupposto che (come quasi sempre avviene) il proponente si appoggi a *server* di un *provider* esterno perché, in caso contrario il contratto si potrebbe concludere nel luogo stesso in cui si trova il proponente-destinatario.

⁴²¹ “Tenuto conto di quanto sopra il tempo di conclusione potrà essere individuato nel momento in cui la dichiarazione telematica dell'oblato giunge all'indirizzo virtuale del proponente e il luogo di conclusione nello spazio ove è situato il server del provider che fornisce il servizio di posta elettronica o di c.d. housing o hosting del “sito web” più vicino alla sede d'affari all'operatore commerciale.” (E. TOSI, *Contratti telematici, informativi e virtuali*, Giuffrè, 2010, p. 204)

⁴²² “Anche in questa ipotesi il contratto si conclude nel tempo e nel luogo in cui gli impulsi elettronici contenenti l'accettazione vengono registrati dal server del provider del proponente-destinatario. Ciò sempre secondo l'impostazione condivisa, la quale individua nel server del provider del proponente l'indirizzo telematico del proponente stesso e, quindi, il luogo di conclusione del contratto via internet. Il problema sarà quello di individuare chi tra i due contraenti ha fatto la proposta e chi l'accettazione.” (G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 307)

nonostante siano forse i più aderenti al dettato normativo. Le maggiori perplessità derivano dal fatto che in molti casi le conseguenze applicative di tale impostazioni possono portare a risultati paradossali. Si pensi ad un contratto stipulato tra due soggetti (un venditore e un utente del suo sito) che si trovano in Italia e magari addirittura nella stessa città: appare poco ragionevole ritenere che il contratto di vendita stipulato tra loro si sia concluso in California solo perché il sito internet del venditore si avvale di un provider con sede a San Francisco.

È quindi opportuno valutare altri criteri per la determinazione del luogo che, senza discostarsi dalla lettera della norma, conducano a risultati più logici e prevedibili.

Una soluzione che in passato è stata prospettata (in epoca precedente al D.Lgs. 70/2003) attribuisce rilevanza al luogo in cui si trova il proponente nel momento in cui si conclude il contratto, cioè nel momento in cui ha conoscenza dell'accettazione⁴²³. Tale impostazione però appare oggi da scartare, non solo a causa dell'art. 13 D.Lgs. 70/2003⁴²⁴, ma anche perché rischia di creare ulteriori e più gravi problemi in quanto tale notizia potrebbe potenzialmente pervenire in ogni luogo, soprattutto alla luce della diffusione dei dispositivi portatili di accesso a internet⁴²⁵.

L'interpretazione che invece appare più convincente e funzionale attribuisce rilievo all'indirizzo reale del proponente, ovvero il luogo in cui questi ha la sede dei propri affari o dei propri interessi (o, se si tratta di persona fisica, ove egli ha il domicilio o la residenza)⁴²⁶. In tal modo si avrebbe maggiore certezza sul luogo di conclusione

⁴²³ L. ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers e sull'accettazione di un'offerta in internet*, in *Giust. civ.*, 1997, 1, p. 21: "con la conseguenza che, se il proponente ne ha notizia in un luogo diverso dal suo indirizzo ex art. 1335 c.c., rileva comunque detto diverso luogo."

⁴²⁴ Che non richiede l'effettiva conoscenza dell'accettazione ma la mera possibilità di accedervi.

⁴²⁵ Con enormi problemi in relazione alla determinazione e dimostrazione del luogo in cui la notizia è arrivata, nonché con la possibilità che la comunicazione arrivi mentre il destinatario si trova su un aereo o in un'area internazionale.

⁴²⁶ L'interpretazione in parola è accolta, tra gli altri da F. AZZARRI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, in *Contratti*, 2010, 3, p. 301; da F. BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Giuffrè, 2007, p. 395; e da F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, in *Tratt. di diritto dell'economia* diretto da E. Picozza e E. Gabrielli, Vol. I, Cedam, 2004, p. 140.

Si veda anche E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, p. 269: "È quindi il luogo dove il proponente sceglie la propria attività economica quello in cui –in ultima istanza, in caso di divergenza rispetto al luogo fisico di collocazione del server- si reputa ricevuto il messaggio e concluso il contratto."

In senso invece critico si esprime G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 298: "questa soluzione, pur ragionevole, non è condivisibile, poiché è difforme dal combinato disposto dell'art.13, comma 1, d.lg. n. 70 del 2003

dell'accordo e si eviterebbero i risultati paradossali appena esemplificati senza comunque stravolgere il disposto normativo. A differenza del contratto concluso via mail, dove lo strumento di comunicazione non sempre può permettere di conoscere l'indirizzo reale del proponente, le parti del contratto virtuale in senso stretto sono generalmente in possesso di tale informazione: nel caso dell'offerta al pubblico le informazioni sul proponente sono inserite nel sito e messe a disposizione della controparte in adempimento degli obblighi informativi gravanti sul prestatore; nel caso di invito ad offrire, dove quello che rileva è l'indirizzo dell'utente del sito, le informazioni sull'indirizzo fisico di quest'ultimo sono di solito richieste obbligatoriamente dal venditore all'interno del modulo d'ordine.

Tale soluzione è peraltro anche confortata dal considerando n. 19 della direttiva 2000/31/CE, in base al quale il luogo di stabilimento (per le società che forniscono servizi tramite Internet) non è dove si trova la tecnologia di supporto del sito (ossia il *server*), bensì dove esse esercitano la loro attività economica⁴²⁷.

sul commercio elettronico e dell'art. 1335 c.c.. Il primo, stabilendo che «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», rinvia all'art. 1335 c.c., il quale a sua volta, come ampiamente detto, pone in risalto l'indirizzo del destinatario. Pertanto l'art. 13, comma I, pone chiaramente all'attenzione dell'interprete la scelta del nostro ordinamento di adattare le usuali norme codicistiche sulla formazione del contratto al contesto informatico della negoziazione.»

⁴²⁷ F. AZZARRI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, in *Contratti*, 2010, 3, p. 301; F. BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Giuffrè, 2007, p. 394.

CAPITOLO 8

L'APPROVAZIONE DELLE CLAUSOLE VESSATORIE

NEI CONTRATTI TELEMATICI.

1. Il contratto telematico come contratto predisposto. 2. Le condizioni generali nel contratto virtuale. 3. La giurisprudenza sul requisito della firma elettronica avanzata per l'approvazione delle clausole vessatorie. 4. Argomenti contrari a tale orientamento. 5. Possibili soluzioni alternative. 6. Spunti conclusivi.

1. Il contratto telematico come contratto predisposto.

Il contratto virtuale in senso stretto⁴²⁸ rientra a pieno titolo tra i contratti standard ovvero quei contratti che vengono predisposti unilateralmente dal contraente forte⁴²⁹ rispetto ai quali la controparte assume il ruolo di mero aderente. Pertanto nei contratti telematici trova applicazione la disciplina generale⁴³⁰ prevista a tutela della parte debole nel codice civile e nel codice del consumo.

La nascita della forma contrattuale del contratto standard deriva dalla c.d. massificazione dei rapporti contrattuali e dalle esigenze di programmazione e organizzazione degli operatori economici⁴³¹. La mancanza di trattativa -nonché di ogni possibilità di modificare il contratto da parte dell'aderente- dà luogo a specifiche esigenze di protezione. I diversi ordinamenti hanno trovato varie soluzioni per regolamentare il fenomeno ed offrire una forma di tutela al soggetto che si trova ad aderire al contratto predisposto. L'ordinamento italiano è stato uno dei primi a conoscere specifiche disposizioni in materia, in quanto fin dalle sue origini il codice civile contiene gli articoli 1341 e 1342 espressamente dedicati a questo profilo: essi stabiliscono, in estrema sintesi, che le condizioni generali devono essere quantomeno conoscibili (se non conosciute) da parte dell'aderente, che determinate clausole (c.d.

⁴²⁸ Che nella definizione di E. TOSI (in *La tutela dei consumatori in internet*, Giuffrè, 2012, p. 27) sono descritti come “*contratti virtuali al pubblico e asimmetrici, stipulati utilizzando le piattaforme di commercio elettronico basate sul world-wide web di Internet, in particolare la forma e procedimento formativo tasto negoziale virtuale*”.

⁴²⁹ Come già rilevato, peraltro, la predisposizione unilaterale non coinvolge solamente il contenuto del contratto ma anche il procedimento formativo del contratto stesso.

⁴³⁰ Generale in quanto non specifica per contratti telematici bensì comune a tutti i contratti per adesione (codice civile) o ai contratti dei consumatori (codice del consumo).

⁴³¹ F. RICCI, *Le clausole vessatorie nei contratti on line*, in *Contratto e impresa Europa*, 2014, 2, 651.

onerose⁴³²) devono da questi essere approvate esplicitamente per iscritto⁴³³ e che, nei contratti conclusi tramite moduli o formulari le clausole aggiunte prevalgono su quelle del modulo o del formulario⁴³⁴. Su impulso del legislatore europeo la disciplina è stato poi notevolmente arricchita con le norme relative alle clausole vessatorie. Come noto il codice del consumo (normativa che ha recepito le regole di fonte europea) agli artt. 33 e seguenti determina l'invalidità delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori in quanto viziate da nullità relativa⁴³⁵. Il codice del consumo stabilisce i criteri in base ai quali una clausola può essere considerata vessatoria o meno⁴³⁶ e riporta un ampio elenco di clausole che vengono considerate presuntivamente vessatorie⁴³⁷.

⁴³² Il termine "clausole onerose" è utilizzato da V. ROPPO (*Il contratto*, in *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, 2011, pp. 851 e ss.) in riferimento all'art. 1341, comma secondo, c.c. in contrapposizione al termine "clausole vessatorie" riferito invece a quelle individuate dal codice del consumo. Molti Autori, diversamente utilizzano in relazione ad entrambe le discipline il termine "clausole vessatorie".

⁴³³ Inutile ricordare la prassi consolidata e universalmente accettata in base alla quale viene chiesto all'aderente di sottoscrivere il contratto una prima volta per l'accettazione del contenuto nel complesso e una seconda volta per l'approvazione specifica di quelle clausole che rientrano nell'elenco dell'art. 1341, comma secondo, c.c.. Da ciò deriva l'espressione "doppia sottoscrizione" delle clausole onerose.

⁴³⁴ In merito alla disciplina di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c.: V. ROPPO, *Contratti standard, Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Giuffrè, 1975; G. ALPA, *Condizioni generali di contratto*, in *Nuova giur. Civ.*, 1988, II, p. 27; G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard, Art. 1337-1342*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, 1993, pp. 299 e ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il Contratto*, 2 ed., Giuffrè, 2000, pp. 184 e ss.; G. DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, in SACCO e DE NOVA, *Il Contratto*, I, Utet, 2004, pp. 361 e ss.; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. del contratto*, a cura di ROPPO, IV, *Rimedi-1*, 2006, pp. 485 e ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, 2011, pp. 851 e ss..

⁴³⁵ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, 2011, pp. 862 e ss..

⁴³⁶ Il contenuto degli artt. 33 e 34 Cod.Cons. può essere così riassunto: Sono vessatorie quelle clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. La vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende. La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, ne' all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile. Non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riprodotte di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea. Non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale. Nel contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, incombe sul professionista l'onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore.

⁴³⁷ In merito alla disciplina delle clausole vessatorie di cui al codice del consumo si vedano: V. ROPPO, *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. Giur.*, VI, 1996, p. 1; G. ALPA, *Il codice del consumo*, in *Contratti*, 2005, p. 1017; A.M. AZZARO e P. SIRENA, *Il giudizio di vessatorietà delle clausole*, in

La differenza tra le due forme di tutela è evidente: il codice del consumo offre una tutela di rilevanza sostanziale implicando una valutazione dello squilibrio che la clausola comporta nei confronti del consumatore mentre la tutela dell'art. 1341 c.c. si identifica più sul piano formale laddove stabilisce il requisito della conoscibilità delle condizioni generali e, soprattutto, il requisito della doppia sottoscrizione per determinate tipologie di clausole (a prescindere dall'effettivo squilibrio che esse possono comportare).

Ne consegue che la disciplina di protezione contro le clausole vessatorie di cui al codice del consumo non subisce particolari declinazioni quando viene applicata ai contratti telematici: una determinata clausola vessatoria è nulla sia nel contratto concluso *inter praesentes* sia in quello concluso con le forme telematiche.

L'applicazione dell'art. 1341 c.c. è invece notevolmente influenzata dal fatto che il contratto sia concluso a distanza e con l'utilizzo degli strumenti informatici. La forma telematica, infatti, non si concilia facilmente con la disciplina delineata nel codice civile del 1942 e da questo derivano interessanti spunti di riflessione ed approfondimento ai quali è dedicato il presente capitolo.

Prima di entrare nel merito del rapporto tra art. 1341 c.c. e contratto telematico è opportuno fare ancora una riflessione sugli effettivi risvolti concreti e pratici di tali riflessioni. Nei contratti non conclusi tra professionista e consumatore (B2B o C2C) non trova applicazione il codice del consumo e quindi l'art. 1341 c.c. rimane l'unica norma di riferimento contro le clausole abusive poste in essere da parte del soggetto che predispone il testo contrattuale. Ne consegue che gli effetti pratici della disciplina relativa alle condizioni generali di contratto e alla specifica approvazione scritta delle clausole vessatorie hanno estrema rilevanza in questo contesto. Diversamente, l'impatto dell'art. 1341 c.c. nei contratti dei consumatori (B2C) è più limitato perché le clausole

GABRIELLI e MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, Utet, 2005, pp. 43 e ss.; G. LENER e R. BOCCHINI, *Gli elenchi di clausole vessatorie*, in GABRIELLI e MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, Utet, 2005, pp. 43 e ss.; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. del contratto*, a cura di ROPPO, IV, *Rimedi-1*, 2006, pp. 485 e ss.; M. FARNETI, *La vessatorietà delle clausole principali nei contratti del consumatore*, Cedam, 2009; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, 2011, pp. 851 e ss.; G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, II ed., Cedam, 2013, pp. 252 e ss.; M.L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica, segmenti normativi e ricostruzione unitaria*, Giuffrè, 2016, p. 68.

elencate da questa norma sono quasi interamente incluse anche tra quelle che l'art. 33 c.cons, qualifica come vessatorie. Conseguentemente il problema della doppia sottoscrizione è assorbito dal fatto che, anche se approvate per iscritto, esse sono comunque nulle per effetto della disciplina consumeristica. Ciò non toglie che possano esistere ipotesi nelle quali la clausola, pur rientrando nell'elenco del secondo comma dell'art. 1341 c.c. non determina un significativo squilibrio tra le parti e, quindi, non è nulla per il codice del consumo ma potrebbe essere inefficace in mancanza di approvazione scritta. Ne deriva che anche nei contratti conclusi dai consumatori il rapporto tra art. 1341 c.c. e forma telematica può avere un suo rilievo⁴³⁸.

2. Le condizioni generali nel contratto virtuale.

La tutela fornita dagli artt. 1341 e 1342 c.c. ha carattere universale⁴³⁹ in quanto non è limitata al consumatore o ad un'altra categoria di soggetti circoscritta. È tutelato, quale parte debole, ogni soggetto che, a prescindere dal suo *status*, si trova ad aderire a un contratto standard. Il primo comma dell'art. 1341 c.c. stabilisce l'efficacia delle condizioni generali di contratto se il soggetto che vi aderisce al momento della conclusione del contratto le conosceva o avrebbe potuto utilizzarle. Il requisito della conoscenza (del contenuto del contratto), necessario per la conclusione dell'accordo, viene quindi degradato a mera conoscibilità delle condizioni generali di contratto⁴⁴⁰.

Tale disposizione deve essere calata nella realtà di internet per capire in primo luogo se essa sia applicabile ed in secondo luogo in che modo essa incida sulla modalità di conclusione del contratto.

⁴³⁸ F. RICCI, *Le clausole vessatorie nei contratti on line*, in *Contratto e impresa Europa*, 2014, 2, 651.

⁴³⁹ V.V. CUOCCI, *Contratti online e il mercato unico digitale: l'approccio (minimalista) del legislatore europeo in materia di clausole abusive*, in *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, a cura di A. ADDANTE, in *Le monografie di Contratto e impresa*, serie diretta da F. Galgano, Cedam, 2016, p. 81.

⁴⁴⁰ E. TOSI, *Le asimmetrie e le forme della contrattazione telematica nel commercio elettronico: il contratto virtuale con i consumatori*, in *La tutela dei consumatori in Internet*, a cura di E. TOSI, in *Diritto delle nuove tecnologie*, collana diretta da V. Franceschelli e E. Tosi, Giuffrè, 2012, Tomo I, p. 152.

Quanto alla prima questione la risposta deve essere certamente positiva, è pacifico che ai contratti online si applichi l'art. 1341⁴⁴¹. L'operatore commerciale infatti generalmente predispose delle condizioni generali di contratto che si applicheranno a tutti i contratti che verranno conclusi tramite il sito internet di commercio elettronico. Il modulo online viene quindi equiparato al meccanismo di conclusione del contratto descritto dal codice civile all'art. 1341. La disciplina in commento è quindi indifferente rispetto allo strumento utilizzato per concludere il contratto e per rendere conoscibili le condizioni generali; anzi, l'applicazione degli artt. 1341 e 1342 c.c. trova terreno ancora più fertile proprio in una realtà caratterizzata da meccanismi di formazione del contratto rapidi e (spesso) deformalizzati come quella di internet⁴⁴².

Da ciò deriva che le condizioni generali sono efficaci nei confronti dell'acquirente online se sono portate alla sua conoscenza prima dell'accettazione del contratto. Per soddisfare tale requisito è necessario che esse siano pubblicate in una sezione apposita del sito, che siano redatte in modo chiaro e comprensibile e che siano (quantomeno) accessibili mediante apposito *link* dall'utente durante la compilazione del modulo d'ordine⁴⁴³. Non è quindi necessario che riportare le condizioni nel testo contrattuale ma

⁴⁴¹ C. ROSSELLO, *Commercio elettronico. La governance di Internet tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Giuffrè, 2006, p. 141; V. PANDOLFINI, *Contratto on line e clausole vessatorie: quale firma (elettronica)?*, in *Contratti*, 2013, 1 p. 41; E. TOSI, *le asimmetrie e le forme della contrattazione telematica nel commercio elettronico: il contratto virtuale con i consumatori*, in *La tutela dei consumatori in Internet*, a cura di E. TOSI, in *Diritto delle nuove tecnologie*, collana diretta da V. Franceschelli e E. Tosi, Giuffrè, 2012, Tomo I, p. 152. Il Tribunale di Catanzaro (sentenza del 30 aprile 2012, pubblicata su *ilcaso.it*) ha affermato a proposito dei contratti telematici: “*Delimitato dunque il campo di indagine, si può affermare che trattasi di contratto concluso tra due professionisti, secondo lo schema del contratto per adesione, la cui disciplina trova il suo riferimento nell'art. 1341 del codice civile. È necessario, a questo punto, fare una premessa di ordine generale. Il contratto di adesione a condizione generali, destinato a soddisfare le esigenze della contrattazione di massa, è caratterizzato, come è noto, da asimmetria di potere contrattuale tra le parti, poiché il regolamento è delineato da condizioni generali uniformi unilateralmente predisposte da uno dei contraenti, in assenza, quindi, di trattativa. Il requisito della conoscenza, previsto dall'art. 1326 cc, in tale categoria contrattuale degrada a mera conoscibilità delle condizioni generali di contratto.*”

⁴⁴² I.P. CIMINO, *Sospensione ingiustificata dell'account di vendita ed inadempimento di ebay*, in *Contratti*, 2011, 4, p. 352. L'Autore appena citato richiama peraltro un'interessante sentenza della Corte di Cassazione che ha sancito, in riferimento a contratti in materia bancaria, l'equiparazione della forma tradizionale e di quella telematica in relazione agli artt. 1341 e 1342 c.c.: *Cass., Sez. lav., 22 marzo 2006, n. 6314*, in *Dir. internet*, 2006, 445, con nota di A. MINUSSI, *Riproduzione di un documento informatico e clausole vessatorie*.

⁴⁴³ E. BATTELLI, *Contrattazione e condizioni generali di contratto nell'e-commerce*, in *Contratti*, 2010, 2, p. 191; L. SANDRI, *Il contratto di e-commerce B2B*, in AA.VV., *I contratti di internet*, a cura di A. Lisi, Utet, 2006, pp. 434 e ss.; G. ARANGUENA, *Sospensione di un "account" su "ebay": il contratto telematico b2b tra accettazione "point and click" e tutela dell'accesso al mercato del commercio elettronico*, in

è sufficiente che inserirle nelle schermate del sito le quali -seppur non obbligatoriamente visualizzate dall'utente- siano comunque da questi facilmente accessibili⁴⁴⁴.

Ne deriva che l'applicazione del primo comma dell'art. 1341 c.c. ai contratti telematici non pone particolari ostacoli dal punto di vista pratico e sostanziale⁴⁴⁵ nel momento in cui costringe il predisponente a mettere a disposizione dei destinatari dell'offerta le condizioni generali di contratto ma permette di fare ciò con modalità conformi a quelle usate per la conclusione del contratto⁴⁴⁶.

È opportuno dedicare un'ultima riflessione all'interpretazione del concetto di ordinaria diligenza utilizzato dall'art. 1341 cc., primo comma⁴⁴⁷, in riferimento alla conoscibilità delle condizioni generali di contratto. L'opinione appena esposta si oppone infatti ad una più rigida impostazione in base alla quale l'utente dovrebbe essere costretto dal predisponente a leggere le condizioni generali o quantomeno a visualizzarle sullo schermo del proprio dispositivo. Tale questione può essere risolta attraverso l'interpretazione del concetto di ordinaria diligenza: si ritiene che l'utente di internet abbia raggiunto un livello di competenza e consapevolezza tale per cui è sufficiente

Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2012, 6, p. 1181.

⁴⁴⁴ Così il Tribunale di Catanzaro (sez. I civile, ord. 18 – 30 aprile 2012 – Rel. Naso, pubbl. su *Contratti*, 2013, 1, 41, con nota di V. PANDOLFINI, *Contratto on line e clausole vessatorie: quale firma (elettronica)?*, nonché su *Il caso.it*, in data 2.7.2012, con nota di G. NAVONE, *La specifica approvazione di clausole vessatorie nei contratti conclusi on line: osservazioni a margine dell'ordinanza del Tribunale di Catanzaro 18-30 aprile 2012*): “Sulla questione, infine, della conoscibilità delle condizioni generali nei contratti telematici, si ritiene che tale condizione sia soddisfatta anche quando le condizioni generali non sono riportate nel testo contrattuale, ma sono contenute in altre schermate del sito o in pagine di secondo livello, purché venga dato risalto al richiamo e la postazione contenente la clausola richiamata sia accessibile mediante il relativo collegamento elettronico (link). Posizioni più intransigenti affermano che per la sussistenza della conoscibilità, il sito deve essere organizzato in modo tale che non sia possibile approvare il testo contrattuale se non dopo essere passati dalla pagina contenente le clausole contrattuali ed avere confermato l'avvenuta lettura. La conoscibilità, poi, per comune opinione, richiede la intelligibilità della clausola, avuto riguardo alla sua formulazione, alla linguistica e alla presentazione grafica.”

⁴⁴⁵ Diversamente da quanto accade invece con il secondo comma della medesima norma come si vedrà a breve.

⁴⁴⁶ La necessità di rendere conoscibili all'utente le condizioni generali di contratto si pone non solo nel nostro ordinamento (ove l'art. 1341 c.c. spiega i suoi effetti) ma in tutti i sistemi giuridici nel momento in cui si tratta di valutare il contenuto del contratto telematico. Si veda in proposito: G.I. ZEKOS, *Legal problems of commercial transactions in cyberspace: an overview*, su *Cyberspace and Law*, 2001, p. 123: “Another major issue i show standard terms and conditions may be incorporated into a contract over the internet. The terms need to be brought to the consumer's notice prior to the conclusion of the contract.”

⁴⁴⁷ Nella parte in cui si stabilisce che le condizioni generali sono efficaci se conosciute o conoscibili usando l'ordinaria diligenza.

mettere a disposizione il *link* (o altro pulsante virtuale) per accedere alle condizioni generali senza obbligarlo, durante il procedimento di invio dell'ordine, a visualizzarle. L'effettiva lettura e conoscenza delle condizioni viene quindi rimessa alla diligenza (e alla scelta) dell'utente, sul presupposto che esso sia certamente in grado di comprendere che per visualizzarle è tenuto a inviare un determinato semplice comando (il *click* sul *link*). Tanto si ritiene sufficiente per soddisfare il requisito della conoscibilità.

La presente riflessione si inserisce nel più ampio ragionamento relativo al c.d. rischio informatico⁴⁴⁸ che l'utente di internet assume: collegandosi al sito internet e concludendo un contratto telematico egli sceglie di utilizzare lo strumento informatico, ne accetta i rischi e si mostra consapevole dei relativi meccanismi⁴⁴⁹.

L'aspetto della conoscenza delle condizioni contrattuali e del consenso espresso nei confronti di un contratto *online* interamente predisposto (*all-or-nothing assent*) è oggetto di notevole approfondimento anche da parte della dottrina straniera e in particolare di quella statunitense⁴⁵⁰. Spesso l'interprete si trova a dovere valutare se le condizioni generali di contratto sono state oggetto di conoscenza da parte dell'utente del sito e se quindi egli le abbia accettate. La dottrina americana ha catalogato le modalità con le quali le condizioni generali di contratto vengono messe a disposizione dell'utente del sito e la forma di accettazione da questi espressa. Si distingue quindi tra *browse-wrap agreement*, *click-wrap agreement* e *scroll-wrap agreement*⁴⁵¹. La prima tipologia

⁴⁴⁸ E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, p. 224.

⁴⁴⁹ "I contratti virtuali in senso stretto sono caratterizzati dall'utilizzo dei codici iconici del linguaggio telematico del world wide web, substrato tecnologico costituente l'assetto materiale della contrattazione "dello" e "nello" spazio virtuale. Il c.d. "rischio informatico" che l'utilizzatore di Internet si accolla - edotto o non che sia del linguaggio informatico ed ipertestuale - nel momento in cui decide, liberamente e consapevolmente, di accedere al mercato virtuale consiste proprio nella presunzione di conoscenza della semantica telematica." (E. TOSI, *Le asimmetrie e le forme della contrattazione telematica nel commercio elettronico: il contratto virtuale con i consumatori*, in *La tutela dei consumatori in Internet*, a cura di E. TOSI, in *Diritto delle nuove tecnologie*, collana diretta da V. Franceschelli e E. Tosi, Giuffrè, 2012, Tomo I, p. 153); sul punto si veda anche V. PANDOLFINI, *Contratto on line e clausole vessatorie: quale firma (elettronica)?*, in *Contratti*, 2013, 1 p. 41.

⁴⁵⁰ Si vedano per esempio: N.S. KIM, *Contract's Adaptation and the Online Bargain*, su *University of Cincinnati Law Review*, 2010, p. 1327; N.V. CHARL, *Disciplining Standard Form Contract Terms through Online Information Flows: An Empirical Study*, su *New York University Law Review*, 2010, 1618; L. CICIRELLI, *Online Shopping: Buy One, Lose Legal Rights for Free*, su *Seton Hall Law Review*, 46 *Seton Hall L. Rev.*, 2016, p. 991.

⁴⁵¹ Il termine *wrap*, comune alle tre tipologie, fa eco ad uno strumento di conclusione ed contratto in passato più diffuso, il *shrinkwrap contract*. *Shrinkwrap* significa testualmente la pellicola di materiale plastico che avvolgeva la scatola contenente il supporto sul quale era salvato il software. Sulla scatola era

di accettazione è quella più debole e qualifica come accettazione delle condizioni generali (riportate in un *link* generalmente posto a fondo pagina) il mero comportamento dell'utente che utilizza il sito⁴⁵². L'accettazione del tipo *click-wrap* presuppone invece che l'utente clicchi l'apposita casella corrispondente all'accettazione delle clausole e quindi richiede un comportamento attivo da parte di quest'ultimo che però potrebbe prescindere dall'effettiva lettura delle clausole. Il meccanismo *scroll-wrap* invece prevede che l'utente, nel procedimento di accesso al sito o a determinati contenuti, visualizzi sul proprio schermo le condizioni generali e quindi favorisce un più elevato grado di probabilità in relazione all'effettiva conoscenza delle stesse. A fronte di questa distinzione l'utilizzo del *click-wrap* o del *scroll-wrap* non mette al riparo il venditore da contestazioni in merito all'effettiva accettazione delle clausole ma la *case law* americana è orientata nel senso di ritenere efficaci questo tipo di accordo⁴⁵³.

scritto che aprendo la pellicola (rompendola) l'utente concludeva l'accordo accettandone le relative condizioni.

⁴⁵² A tal proposito è utile citare il noto caso *Specht v. Netscape* ove il Giudice americano non riconobbe la vincolatività delle condizioni generali di contratto messe a disposizione dell'utente con un link sul fondo della pagina invece che vicino al pulsante di *download*. C.P. MARKS, *Online and as is*, su 45 *Pepperdine Law Review*, 2017, p. 1. "*Specht v. Netscape Communications Corp. provides an oft-cited example of how a website's presentation of a contract's online terms and conditions can fail to put a reasonable consumer on inquiry notice. In Specht, plaintiffs downloaded "free" software from Netscape's website. Unbeknownst to the plaintiffs, the software transmitted to Netscape "private information about plaintiffs' downloading of files from the Internet." The plaintiffs sued for violations of the federal Electronic Communications Privacy Act and the Computer Fraud and Abuse Act. Netscape moved to compel arbitration, claiming that the plaintiffs agreed to the terms of the license agreement when they downloaded the software and that one of those terms included an arbitration provision. The plaintiffs claimed that they should not be bound by the license agreement, as it was not located near the "download" button on the visible screen, but rather in text that was visible only if they scrolled down the webpage. The district court agreed with the plaintiffs, and Netscape appealed. On appeal, the Second Circuit refused to enforce the arbitration provision.4' Relying upon the "reasonably prudent offeree" standard, the court held that, due to the fact that the hyperlink was submerged on the webpage, the plaintiffs were not put on constructive notice of the license's terms.*"

⁴⁵³ C.P. MARKS, *Online and as is*, su *Pepperdine Law Review*, 2017, p. 1; A.E. GHIRARDELLI, *Rules of engagement in the conflict between businesses and consumers in online contracts*, su *Oregon Law Review*, 2015, p. 719; R.S. CONKLIN, *Be careful what you click for: an analysis of online contracting*, su *loyola consumer law review*, *Loyola Consumer Law Review*, 2008, p. 325.

3. La giurisprudenza sul requisito della firma elettronica avanzata per l'approvazione delle clausole vessatorie.

Il secondo comma dell'art. 1341 c.c., come noto, elenca alcune tipologie di clausole⁴⁵⁴ che sono considerate onerose⁴⁵⁵ e pertanto efficaci solo se approvate specificamente per iscritto. Tale disposizione ha portato alla diffusa prassi per cui -nei contratti tradizionali- viene richiesta una doppia sottoscrizione da parte dell'aderente, una prima firma per accettazione del contratto ed una seconda per approvazione delle clausole onerose ivi contenute.

L'applicazione di questa norma al contesto telematico comporta evidenti problemi perché è chiara la difficoltà di ottenere una sottoscrizione autografa per approvazione delle clausole onerose. Il documento informatico, pur rientrando nella definizione di documento giuridicamente rilevante⁴⁵⁶ è dematerializzato, privo di supporto cartaceo, e quindi non può essere sottoscritto con firma autografa⁴⁵⁷. È quindi necessario comprendere in quale modo gli operatori possano fare rientrare clausole di questo tipo nelle condizioni generali dei contratti telematici senza che esse si scontrino irrimediabilmente con l'inefficacia stabilita dal secondo comma dell'art. 1341.

Si tratta quindi di un argomento che ha una notevole rilevanza pratica ed infatti si registrano diverse pronunce giurisprudenziali in merito.

La prima sentenza pubblicata risale al 2002 ed è stata pronunciata dal Giudice di Pace di Partanna⁴⁵⁸ in riferimento ad un contratto telematico di acquisto di beni che conteneva una clausola di deroga al foro competente. Il Giudice ritenne tale clausola inefficace in quanto priva di specifica approvazione. Peraltro la sentenza sembrerebbe aprire alla possibilità che le clausole onerose possano anche essere approvate con la mera

⁴⁵⁴ Precisamente: *“Le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria.”*

⁴⁵⁵ Il termine “clausole onerose” è utilizzato da V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, 2011, pp. 851 e ss.; altri autori utilizzano invece il termine “vessatorie” tanto per quelle in commento quanto per quelle di cui all'art. 33 Cod.Cons..

⁴⁵⁶ Come già evidenziato al capitolo 5.

⁴⁵⁷ V. PANDOLFINI, *Contratto on line e clausole vessatorie: quale firma (elettronica)?*, in *Contratti*, 2013, 1 p. 41.

⁴⁵⁸ Giudice di Pace di Partanna, sentenza 15/2002 del 1° febbraio 2002, pubblicata su *Contr.*, 2002, 869, con nota di G. CASSANO e I.P. CIMINO, *Contratto con Internet e tutela della parte debole*.

pressione del tasto negoziale virtuale a patto che ciò avvenga in maniera separata rispetto all'accettazione del contratto nel suo complesso⁴⁵⁹.

Può recentemente il Tribunale di Catanzaro⁴⁶⁰ si è pronunciato (con una motivazione maggiormente articolata) per la necessità della firma digitale ai fini dell'approvazione della clausola onerosa⁴⁶¹. Nel caso di specie era attribuito il diritto di recesso al predisponente ma, siccome la relativa clausola non era stata oggetto di approvazione scritta, il Tribunale la ha ritenuta inefficace. Secondo la pronuncia in commento non sarebbe neppure sufficiente che l'aderente approvi specificamente la clausola utilizzando la forma del tasto negoziale virtuale ma sarebbe necessaria la sottoscrizione autografa (ottenibile per esempio chiedendo all'utente di stampare il contratto, firmarlo e spedirlo in originale via posta⁴⁶²) oppure l'apposizione della firma digitale⁴⁶³. Il tasto negoziale virtuale è quindi sufficiente per accettare la proposta contrattuale e

⁴⁵⁹ “Ritiene il decidente che nella fattispecie la E. avrebbe dovuto ottenere un doppio assenso, premendo sull'apposito stato: uno di adesione e l'altro di approvazione delle clausole cosiddette vessatorie, tra le quali va annoverata quella relativa alla deroga sul foro territorialmente competente.”.

⁴⁶⁰ Tribunale di Catanzaro, sez. I civile, ord. 18 – 30 aprile 2012 – Rel. Naso, pubbl. su *Contratti*, 2013, 1, 41, con nota di V. PANDOLFINI, *Contratto on line e clausole vessatorie: quale firma (elettronica)?*, nonché su *Ilcaso.it*, in data 2.7.2012, con nota di G. NAVONE, *La specifica approvazione di clausole vessatorie nei contratti conclusi on line: osservazioni a margine dell'ordinanza del Tribunale di Catanzaro 18-30 aprile 2012*. Il Tribunale così si è espresso: “Con riguardo alle clausole vessatorie on line, l'opinione dottrinale prevalente - alla quale il Tribunale aderisce - ritiene che non sia sufficiente la sottoscrizione del testo contrattuale-, ma sia necessaria la specifica sottoscrizione delle singole clausole, che deve essere assolta con la firma digitale. Dunque, nei contratti telematici a forma libera il contratto si perfeziona mediante il tasto negoziale virtuale, ma le clausole vessatorie saranno efficaci e vincolanti solo se specificamente approvate con la firma digitale.”

⁴⁶¹ “È interessante altresì evidenziare come, pochi giorni prima della pronuncia del Tribunale di Catanzaro, un Tribunale francese aveva accolto, con argomentazioni in buona parte analoghe -ancorché nell'ambito di un contratto stipulato tra imprese e consumatori (B2C), anziché tra imprese (B2B) come quello esaminato dal giudice italiano - un ricorso contro Facebook, avanzato da un utente, in seguito alla chiusura del proprio account. Nella fattispecie, il tribunale transalpino ha ritenuto che una clausola, contenuta nelle condizioni generali di contratto utilizzate dal popolarissimo social network, la quale devolveva la competenza a giudicare sulle controversie tra quest'ultimo e gli utenti ad un Tribunale della California, non fosse stata accettata dall'utente con “una semplice operazione quando si accede al sito (click)”, dovendo a tal fine essere impiegata la firma digitale.” (V. PANDOLFINI, *Contratto on line e clausole vessatorie: quale firma (elettronica)?*, in *Contratti*, 2013, 1 p. 41).

⁴⁶² Tale prassi è notevolmente diffusa, soprattutto per quei contratti che non sono vengono eseguiti istantaneamente (come la vendita) ma che sono destinati a durare nel tempo. In tali casi l'operatore economico opta per questo meccanismo più complicato ed oneroso sia per rendere le clausole efficaci ex art. 1341, comma secondo, c.c., sia per avere uno strumento più forte in caso di eventuali controversie in cui la paternità del click potrebbe essere messa in discussione. Ciò accade per esempio nei contratti per fornitura di pay TV o di linea ADSL, oppure, frequentemente nei contratti assicurativi o bancari (dove spesso peraltro la forma scritta è imposta da leggi di settore).

⁴⁶³ Nello stesso senso C. ROSSELLO, *Commercio elettronico. La governance di Internet tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Giuffrè, 2006, p. 143.

perfezionare il contratto ma non per approvare le eventuali clausole vessatorie ivi contenute.

In primo luogo si rileva l'improprietà del riferimento alla firma digitale e non alla firma elettronica avanzata o qualificata. Nel panorama normativo attuale⁴⁶⁴ il requisito di forma scritta è soddisfatto dalla firma qualificata (di cui la firma digitale è una tipologia) e dalla firma avanzata (nei casi di cui all'art. 1350, comma primo, n. 13, c.c.⁴⁶⁵). Ne consegue che ogni firma elettronica avanzata (tra cui ovviamente quella qualificata e la firma digitale) è certamente idonea per l'approvazione scritta delle clausole onerose nei contratti telematici e che il riferimento alla sola firma digitale operato dal Tribunale di Catanzaro è in realtà impreciso⁴⁶⁶.

Ciononostante richiedere che le clausole onerose siano necessariamente approvate con questi strumenti di firma (certamente non immediatamente disponibili a tutti) può rappresentare un ostacolo forse eccessivo al commercio elettronico ed è quindi opportuno interrogarsi su quali strumenti possano in alternativa essere utilizzati al fine di rispettare la norma in commento senza appesantire il meccanismo di formazione del contratto.

⁴⁶⁴ Come già argomentato al capitolo 5.

⁴⁶⁵ Ossia per gli "altri atti specialmente indicati dalla legge" e quindi anche per l'approvazione scritta ex art. 1341, comma secondo, cc..

⁴⁶⁶ Sul punto si veda V. PANDOLFINI, *Contratto on line e clausole vessatorie: quale firma (elettronica)?*, in *Contratti*, 2013, 1 p. 41: "Sotto questo profilo, la sentenza in commento non risulta quindi corretta, dato che la firma digitale non rappresenta più, attualmente, l'unica modalità tecnica con la quale possano essere validamente sottoscritte le clausole vessatorie contenute in un contratto telematico, ai sensi dell'art. 1341 comma 1 c.c. , essendo, appunto, pienamente ammissibile la sottoscrizione mediante firma elettronica avanzata, ancorché non qualificata"; nonché G. ARANGUENA, *Sospensione di un "account" su "ebay": il contratto telematico b2b tra accettazione "point and click" e tutela dell'accesso al mercato del commercio elettronico*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, 6, p. 1181: "Non così immediata, invece, è l'esclusione dell'idoneità della firma elettronica avanzata, dal momento che essa garantisce comunque la riferibilità tecnica di un atto al suo firmatario, la sua autenticità ed integrità, ancorché presidi il requisito della forma scritta solo ad probationem, ricollegandosi ad un documento informatico valido alla stregua di una scrittura privata facente piena prova fino a querela di falso ai sensi dell'art. 2702 c.c.. A nostro avviso, infatti, anche detto tipo di sottoscrizione elettronica pare coerente alla ratio dell'art. 1341 c.c. che, come già osservato, richiede che l'aderente ad un programma contrattuale unilateralmente predisposto prenda conoscenza specifica delle clausole onerose e che le accetti in maniera cosciente e volontaria; potendo bastare a tale scopo il pieno controllo dello strumento di firma comunque assicurato attraverso la firma elettronica avanzata con elevato grado di sicurezza."

4. Argomenti contrari a tale orientamento.

Il principale argomento contrario ad un'applicazione eccessivamente rigida del secondo comma dell'art. 1341 c.c. nei contratti telematici è rappresentato dall'esigenza di velocizzare e favorire le transazioni online⁴⁶⁷. Se al soggetto che vuole aderire ad un contratto standard contenente clausole onerose si imponesse di dotarsi di uno strumento di firma elettronica avanzata si complicherebbe molto il procedimento di formazione del contratto, rendendolo più lungo e dispendioso, se non addirittura irrealizzabile dal punto di vista concreto⁴⁶⁸. Perché in un contesto come quello del commercio elettronico, che per sua natura è estremamente agile, rapido e deformalizzato, l'imposizione di un ostacolo come l'obbligo di utilizzo di firma elettronica avanzata rappresenta certamente un notevole intralcio che rischia di danneggiare sia gli operatori (che riusciranno a concludere meno affari) sia gli utenti (che vengono privati di determinate occasioni contrattuali) sia il sistema economico nel suo complesso il quale trova nel commercio elettronico una notevole spinta propulsiva.

Tale problematica crea anche un'irragionevole differenza di trattamento per i contratti telematici rispetto ai contratti tradizionali. Quando l'accordo viene concluso *inter preasentes* il requisito della specifica approvazione scritta non aggrava eccessivamente il procedimento formativo in quanto è sufficiente che chi aderisce al contratto standard sottoscriva il modulo due volte invece che una. Diversamente nei contratti online l'impatto di tale applicazione è molto più significativo: ai pochi secondi spesi per l'apposizione della seconda firma si contrappone nei contratti telematici il tempo (e gli oneri) derivanti dall'ottenimento e dall'utilizzo dello strumento di firma elettronica avanzata. La conseguenza pratica sarebbe che la medesima clausola, normalmente inclusa nel contratto tradizionale, sostanzialmente non potrebbe essere inserita nel contratto online perché comporterebbe problemi tali da scoraggiare la stessa conclusione del contratto.

⁴⁶⁷ F. AZZARRI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, in *Contratti*, 2010, 3, p. 301; A.R. POPOLI, *Social network e concreta protezione dei dati sensibili: luci ed ombre di una difficile convivenza*, in *Dir. dell'Informazione e dell'Informatica*, 2014, 6, p. 981; F. RICCI, *Le clausole vessatorie nei contratti on line*, in *Contratto e impresa Europa*, 2014, 2, 651; C. ROSSELLO, *Commercio elettronico. La governance di Internet tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Giuffrè, 2006, p. 143.

⁴⁶⁸ Facilmente di fronte ad una simile complicazione molti utenti desisterebbero dall'intento di concludere il contratto.

Le ripercussioni di tale interpretazione restrittiva sono anche irragionevolmente discriminatorie dal punto di vista soggettivo: chi non è dotato dello strumento di firma elettronica avanzata è privato della possibilità di concludere un determinato affare. Specularmente si imporrebbe agli operatori professionali che intendono accedere al mercato italiano di commerciare solo con chi sia dotato di quello strumento, con una disparità di trattamento rispetto a chi opera nel contesto di altri ordinamenti, a detrimento della tipica vocazione globale del segmento⁴⁶⁹.

Peraltro il requisito formale in commento ha lo scopo di sollecitare l'attenzione e la consapevolezza dell'aderente in modo che egli possa valutare la clausola e decidere se nonostante la sua onerosità⁴⁷⁰. Tale finalità può essere meglio conseguita con una determinata predisposizione del sito che imponga all'utente di visualizzare e accettare le clausole onerose durante il procedimento di formazione del contratto, a prescindere dalla tipologia di firma utilizzata. Concentrarsi su un formalismo eccessivamente rigido rischia quindi di fare travisare lo scopo effettivo della norma che è quello di assicurare la consapevolezza dell'aderente sul contenuto della clausola e non quello, tipico della sottoscrizione, di attribuire la dichiarazione ad un determinato soggetto⁴⁷¹.

5. Possibili soluzioni alternative.

Per evitare di imporre al cliente di dotarsi di uno strumento di firma elettronica avanzata e allo stesso tempo ottenere un'approvazione delle clausole onerose compatibile con la lettura più rigida della norma in commento, molti operatori⁴⁷² utilizzano un meccanismo che, pur non essendo agile e veloce, risulta di semplice attuazione: chiedono al cliente di stampare il documento contenente le condizioni, di apporvi la doppia sottoscrizione

⁴⁶⁹ F. RICCI, *Le clausole vessatorie nei contratti on line*, in *Contratto e impresa Europa*, 2014, 2, 651.

⁴⁷⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, 2011, p. 852.

⁴⁷¹ La scelta della firma elettronica avanzata piuttosto che di quella debole rileva principalmente sul piano dell'attribuzione -con un grado di affidabilità maggiore o minore- della paternità della dichiarazione contrattuale e non su quello della consapevolezza più o meno informata circa il contenuto del contratto.

⁴⁷² L'utilizzo di questa modalità di sottoscrizione delle clausole è frequente nei contratti per fornitura di servizi pay TV o di linea ADSL, nonché nei contratti assicurativi o bancari (dove peraltro la forma scritta è spesso imposta da leggi di settore).

autografa, e di inviare il documento firmato⁴⁷³. La trasmissione del documento avviene generalmente con modalità telematiche (mediante scansione e invio, o, in alternativa via fax) e, in casi più rari, viene richiesto l'invio via posta⁴⁷⁴.

Questo meccanismo ha il pregio di essere semplice da eseguire ed alla portata anche dei soggetti meno alfabetizzati dal punto di vista informatico, e in tanto si distingue dall'acquisizione di uno strumento di firma elettronica che richiede competenze tecniche maggiori e una procedura più complessa e costosa⁴⁷⁵. Ciononostante tale procedura rimane decisamente macchinosa⁴⁷⁶ e in aperto contrasto con la speditezza e l'agilità tipiche delle transazioni concluse online: il confronto con il semplice click sul tasto negoziale virtuale rende evidente la differenza⁴⁷⁷.

⁴⁷³ V.V. CUOCCI, *Contratti online e il mercato unico digitale: l'approccio (minimalista) del legislatore europeo in materia di clausole abusive*, in *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, a cura di A. ADDANTE, in *Le monografie di Contratto e impresa*, serie diretta da F. Galgano, Cedam, 2016, p. 82. "È pertanto sempre consigliabile che prima della conclusione del contratto si invii al compratore una e-mail con le condizioni generali di vendita che vengono da lui o firmate digitalmente e quindi rispedite, oppure stampate, firmate (ovviamente con la doppia firma) e quindi rispedite.": Così A. REINSADLER e A. REINALTER (*Contratti internazionali online e clausola attributiva di competenza – requisiti di forma di clausole attributive di competenza concluse online*, in *Giur. It.*, 2015, 10, 2099) in conclusione della nota a commento della sentenza n. 322 del 21 maggio 2015 ove la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato che nei contratti internazionali la clausola di deroga al foro competente è validamente accettata ex Reg. Bruxelles I (art. 23.2) se la relativa informativa è stata fornita con modalità che ne consentirebbero l'archiviazione, anche se in concreto l'accettante non viene obbligato ad aprire la relativa pagina. In tanto si evidenzia la differenza rispetto alla normativa italiana dove tale soluzione non sarebbe, secondo gli Autori, sufficiente a soddisfare il requisito di cui all'art. 1341 c.c., secondo comma.

⁴⁷⁴ Così anche la già citata sentenza del Giudice di Pace di Partanna (15/2002 del 1° febbraio 2002, pubblicata su *Contr.*, 2002, 869, con nota di G. CASSANO e I.P. CIMINO, *Contratto con Internet e tutela della parte debole*): "Infatti quella pubblicata nel Web dalla E. deve essere considerato un invito a contrattare. Tali inviti possono poi essere perfezionati con i mezzi tradizionali (fax e lettere) in modo che possa essere valutata la provenienza delle richieste e si possono fare debitamente sottoscrivere le clausole di deroga al foro competente o alla legge applicabile."

⁴⁷⁵ Si tratta di individuare uno tra i fornitori del servizio, concludere con questo un contratto, pagare il corrispettivo, ricevere gli strumenti e le indicazioni per l'utilizzo e, infine, impararne il funzionamento.

⁴⁷⁶ Oltre a richiedere l'utilizzo di strumenti *hardware* e *software* aggiuntivi quali stampante, scanner e relativi *software*.

⁴⁷⁷ Peraltro questa soluzione porta con sé ulteriori problematiche come evidenziato da V. PANDOLFINI (*Contratto on line e clausole vessatorie: quale firma (elettronica)?*, in *Contratti*, 2013, 1 p. 41): "Soluzione, quest'ultima, che, se da una parte se ha il pregio di (cercare di) risolvere la questione con una notevole dose di pragmaticità - sempre molto apprezzata dagli operatori - dall'altra finisce forse per creare più problemi di quanti ne risolve. Ci riferiamo infatti all'efficacia - ex nunc o ex tunc - della successiva sottoscrizione (che potrebbe intervenire a distanza di tempo anche notevole rispetto alla conclusione del contratto telematico), con i conseguenti risvolti sull'operatività del contratto, e, soprattutto, all'eventualità che tale successiva sottoscrizione non venga effettuata dall'aderente; eventualità, quest'ultima, in relazione alla quale si è sostenuto (non senza fondatezza) il sorgere di una responsabilità (verosimilmente pre-contrattuale) in capo al contraente che, dopo avere doppiamente "cliccato" sul form telematico, sia "restio" a firmare il modulo cartaceo successivamente inviatogli

Emerge quindi l'opportunità di interrogarsi se sia possibile individuare una modalità più agile di accettazione delle clausole che, pur nel rispetto dell'art. 1341, secondo comma, c.c. permetta una conclusione del contratto online più rapida e semplice.

Occorre in primo luogo valutare se sia sufficiente la forma della firma elettronica debole⁴⁷⁸ per soddisfare il requisito della specifica sottoscrizione delle clausole vessatorie. A ben vedere, la stessa sentenza del Tribunale di Catanzaro⁴⁷⁹ -da più parti citata come dimostrazione della necessità della firma digitale (o, meglio, elettronica)- contiene in realtà una parziale apertura anche nei confronti di altre tipologie di firma⁴⁸⁰. Il Giudice calabrese, infatti, evidenzia che siccome nel caso di specie mancava ogni tipo di specifica approvazione è “*superfluo addentrarsi nella problematica della equiparabilità del sistema del point and click alla firma digitale debole e della sufficienza della firma digitale debole a soddisfare il requisito della forma scritta.*”. È quindi opportuno approfondire proprio tale aspetto.

In primo luogo l'utilizzo del termine firma digitale debole deve essere letto come un *lapsus* dell'estensore (in quanto tale istituto non esiste nel nostro ordinamento) e il riferimento deve ritenersi rivolto alla firma elettronica debole⁴⁸¹.

Come noto⁴⁸² l'efficacia della firma elettronica debole è liberamente valutabile in giudizio. Ne consegue che in caso di approvazione delle clausole con questo tipo di sottoscrizione il giudice sarà chiamato a valutarne l'idoneità a soddisfare il requisito della forma scritta⁴⁸³. Le perplessità sull'efficacia della firma elettronica debole al fine

dall'altro contraente.”.

⁴⁷⁸ Come descritta al capitolo 5, paragrafo 3.

⁴⁷⁹ Tribunale di Catanzaro, sez. I civile, ord. 18 – 30 aprile 2012 – Rel. Naso, pubbl. su *Contratti*, 2013, 1, 41, con nota di V. PANDOLFINI, *Contratto on line e clausole vessatorie: quale firma (elettronica)?*, nonché su *Il caso.it*, in data 2.7.2012, con nota di G. NAVONE, *La specifica approvazione di clausole vessatorie nei contratti conclusi on line: osservazioni a margine dell'ordinanza del Tribunale di Catanzaro 18-30 aprile 2012*.

⁴⁸⁰ V.V. CUOCCI, *Contratti online e il mercato unico digitale: l'approccio (minimalista) del legislatore europeo in materia di clausole abusive*, in *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, a cura di A. ADDANTE, in *Le monografie di Contratto e impresa*, serie diretta da F. Galgano, Cedam, 2016, p. 82.

⁴⁸¹ G. NAVONE, *La specifica approvazione di clausole vessatorie nei contratti conclusi on line: osservazioni a margine dell'ordinanza del Tribunale di Catanzaro 18-30 aprile 2012*, pubbl. su *Il caso.it*, in data 2.7.2012. G. ARANGUENA, *Sospensione di un "account" su "ebay": il contratto telematico b2b tra accettazione "point and click" e tutela dell'accesso al mercato del commercio elettronico*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, 6, p. 1181.

⁴⁸² Art. 21 del CAD, già citato al capitolo 5.

⁴⁸³ G. SCORZA, *La sospensione e il blocco degli account nei servizi della società dell'informazione*, in

che qui interessa derivano principalmente dal fatto che l'indagine del giudice si dovrà concentrare sulla riferibilità della firma al suo autore apparente e quindi ad una indagine che si va ad allontanare rispetto alla *ratio* della norma in commento nella quale la sottoscrizione specifica non risponde tanto alla necessità di individuare il soggetto che firma ma piuttosto ad accertare che egli sia effettivamente consapevole del contenuto dell'accordo (ed in particolare di alcune clausole) a cui si sta vincolando⁴⁸⁴.

Un esempio, largamente diffuso, di meccanismo di autenticazione è quello che consiste nell'attribuzione di un nome utente e di una *password* al soggetto in modo tale da poterlo successivamente identificare. L'idoneità di tale strumento, come detto, viene liberamente valutata dal giudice e gran parte della dottrina ritiene che esso corrisponda ad una firma elettronica debole; tuttavia non manca chi osserva che l'inserimento di tali informazioni (*username* e *password*) al momento dell'accesso al sito non consente di associare i dati informatici dell'autore al documento successivamente da sottoscrivere⁴⁸⁵. Non v'è dubbio comunque che affidare l'approvazione delle clausole onerose ad uno strumento "liberamente valutabile in giudizio" non sembra una soluzione idonea a conferire la necessaria certezza per le parti circa l'effettiva disciplina contrattuale che si applica alla loro relazione, ed in particolare per permettere agli operatori economici di comprendere (se e) come possono validamente inserire alcune clausole nel contratto.

Una soluzione definitiva andrebbe quindi forse ricercata a prescindere dalle riflessioni riguardanti la firma elettronica debole e valutando l'idoneità di altri più rapidi strumenti. Ci si interroga quindi se sia sufficiente un'approvazione della clausola mediante semplice pressione del tasto negoziale virtuale: un pulsante che però deve quantomeno essere diverso rispetto a quello che corrisponde alla manifestazione della volontà di accettare il contratto nel suo complesso e specificamente accompagnato da

Corriere Merito, 2011, 1.

⁴⁸⁴ Si veda in particolare G. ARANGUENA, *Sospensione di un "account" su "ebay": il contratto telematico b2b tra accettazione "point and click" e tutela dell'accesso al mercato del commercio elettronico*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, 6, p. 1181. Ma anche I.P. CIMINO, *Sospensione ingiustificata dell'account di vendita ed inadempimento di ebay*, in *Contratti*, 2011, 4, p. 352.

⁴⁸⁵ V. PANDOLFINI, *Contratto on line e clausole vessatorie: quale firma (elettronica)?*, in *Contratti*, 2013, 1 p. 41.

un'informativa chiara, completa e trasparente in merito alla clausola di cui si chiede l'approvazione.

Una prima apertura in questo senso la si registra già nella sentenza del Giudice di Pace di Partanna⁴⁸⁶ laddove essa afferma che l'aderente “*avrebbe dovuto ottenere un doppio assenso, premendo sull'apposito stato: uno di adesione e l'altro di approvazione delle clausole cosiddette vessatorie, tra le quali va annoverata quella relativa alla deroga sul foro territorialmente competente.*”⁴⁸⁷. Si tratta di un *obiter* di per sé certamente non decisivo ma che rappresenta un valido punto di partenza, soprattutto se si considera che la sentenza è stata pronunciata in un momento storico in cui gli strumenti tecnologici erano ancora poco diffusi e quindi la percezione del valore del pulsante virtuale era più limitata.

Nella prassi in effetti capita sovente che le clausole rientranti nell'elenco del secondo comma dell'art. 1341 c.c. siano approvate cliccando sul corrispondente bottone virtuale⁴⁸⁸.

Le ragioni in favore di tale soluzione sono molteplici e partono in primo luogo dalla necessità di speditezza nella conclusione degli accordi online rispetto alla quale un meccanismo eccessivamente complesso porterebbe la conseguenza concreta di impedire agli operatori di inserire le clausole nei propri contratti. Si può forse evitare di imporre l'utilizzo del requisito formale anche senza violare la *ratio* dell'art. 1341 c.c., in quanto essa corrisponde alla necessità di rendere edotta la parte aderente rispetto al contenuto del contratto. Ciò senza comportare un arretramento della tutela riconosciuta alla parte debole ma, anzi, favorendo un'elevazione di tale tutela: nei contratti tradizionali capita frequentemente che al cliente venga sottoposto uno stampato delle condizioni con la richiesta di apporre la firma autografa in due specifici campi senza che in concreto egli legga e comprenda ogni clausola; in un contratto concluso su un sito internet è invece possibile predisporre delle pagine web (da includere del procedimento di adesione alla

⁴⁸⁶ Giudice di Pace di Partanna, sentenza 15/2002 del 1° febbraio 2002, pubblicata su *Contr.*, 2002, 869, con nota di G. CASSANO e I.P. CIMINO, *Contratto con Internet e tutela della parte debole*.

⁴⁸⁷ Secondo alcuni interpreti la doppia approvazione con click a cui si riferisce la sentenza non vincolerebbe l'aderente al contratto, bensì lo vincolerebbe alla successiva sottoscrizione specifica (con firma autografa) delle clausole onerose. G. CASSANO e I.P. CIMINO, *Contratto con Internet e tutela della parte debole*, su *Contr.*, 2002, 869.

⁴⁸⁸ F. AZZARRI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, in *Contratti*, 2010, 3, p. 301.

proposta) specificamente dedicate alla trasparente illustrazione delle clausole onerose e all'approvazione delle stesse mediante *click*. L'effetto sostanziale è evidente: la finalità di informare sulle clausole onerose può così essere soddisfatta in modo più completo.

In ottica comparatistica si segnala l'art. 25 del Regolamento Bruxelles I bis⁴⁸⁹ (in materia di competenza giurisdizionale) il quale stabilisce che l'accordo attributivo di competenza deve essere concluso in forma scritta ma che per forma scritta "*si intende qualsiasi comunicazione con mezzi elettronici che permetta una registrazione durevole dell'accordo*". Tale requisito è stato ritenuto soddisfatto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso di accettazione della condizione mediante click sulla casella corrispondente alla clausola⁴⁹⁰, permettendo quindi una soluzione analoga a quella qui proposta.

Tale approccio corrisponde anche a quanto stabilito dal Garante della Privacy in merito alle modalità di manifestazione del consenso per il trattamento dei dati sensibili: "*si considera reso per iscritto anche il consenso manifestato on line attraverso l'apposizione di specifici simboli (c.d. flag) su apposite caselle (c.d. check-box) poste a margine dell'informativa a condizione che vengano adottate soluzioni idonee ad identificare in modo univoco l'interessato (ad es. previo rilascio di elementi di identificazione all'esito di una procedura di registrazione)*"⁴⁹¹.

Resta però da capire se questa interpretazione sia in effetti compatibile con la lettera dell'art. 1341 c.c., comma secondo.

A tal proposito si è osservato in dottrina che specifica approvazione scritta non significa

⁴⁸⁹ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, che ha abrogato il precedente Regolamento n. 44/2001, c.d. Bruxelles I.

⁴⁹⁰ La Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la sentenza n. 322 del 21 maggio 2015 (pronunciata durante la vigenza del precedente regolamento ma su una regola che non è stata modificata nella nuova versione della norma) ha ritenuto soddisfatto il requisito nel caso in cui il compratore abbia espressamente accettato le condizioni generali in questione contrassegnando l'apposita casella sulla pagina web del venditore. A. REINSADLER e A. REINALTER (*Contratti internazionali online e clausola attributiva di competenza – requisiti di forma di clausole attributive di competenza concluse online*, in *Giur. It.*, 2015, 10, 2099).

⁴⁹¹ Garante, Linee guida in tema di trattamento di dati per lo svolgimento di customer satisfaction in ambito sanitario, 5 maggio 2011 n. 1812910, disponibile sul sito www.garanteprivacy.it; A.R. POPOLI, *Social network e concreta protezione dei dati sensibili: luci ed ombre di una difficile convivenza*, in *Dir. dell'Informazione e dell'Informatica*, 2014, 6, p. 981.

che sia sempre necessaria una scrittura privata di approvazione⁴⁹² e che quindi sia ipotizzabile l'utilizzo di altri strumenti⁴⁹³. Ne consegue che una scrittura per la quale sia possibile conoscere la paternità anche in assenza di firma ben potrebbe comunque essere utilizzata per fare conoscere lo stato interno di volontà e di scienza del suo autore. L'efficacia di una tale scrittura (ed analogamente del documento informatico sfornito di firma elettronica) non può certo essere quella riconosciuta alla scrittura privata (art. 214 c.p.c.) ma ciò non toglie che essa possa essere valutata (anche in giudizio) ai sensi dell'art. 116 c.p.c.⁴⁹⁴.

Una tale impostazione potrebbe essere considerata compatibile con l'art. 1341 c.c. ove questo fosse sottoposto ad una interpretazione evolutiva e sistematica⁴⁹⁵ che guardi non solamente alla dicitura "*specificamente approvate per iscritto*" ma anche alla finalità di tale disposizione: rendere edotto il soggetto che aderisce al contratto predisposto sull'esistenza di clausole particolarmente onerose. Accolta tale lettura va da sé che anche altri strumenti -diversi dalla scrittura privata (cartacea o telematica)- potrebbero essere ritenuti sufficienti (o anche migliori) per soddisfare la necessità di rendere consapevole la parte debole circa il contenuto del contratto.

Si ricorda peraltro che una simile interpretazione (apparentemente contrastante con l'art. 1341 c.c.) non rappresenta una novità assoluta nel nostro ordinamento. Esiste infatti un noto precedente nell'ambito del concorso a premi denominato Totocalcio. La Corte di Cassazione ha infatti in più occasioni affermato che le clausole onerose inserite nel regolamento del Totocalcio, sono vincolanti per i giocatori pur senza la specifica approvazione per iscritto perché essa trova idoneo equipollente nella grande pubblicità e diffusione del regolamento stesso, predisposto proprio al fine di richiamare l'attenzione dei partecipanti al gioco su tutte le condizioni ad esso inerenti. Secondo la Suprema Corte tale diverso regime di efficacia delle clausole vessatorie deve ritenersi imposto dalla natura del contratto e dalle sue modalità di esecuzione, che sarebbero

⁴⁹² F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, in *Tratt. di diritto dell'economia*, diretto da E. Picozza e E. Gabrielli, Vol. I, Cedam, 2004, p. 105.

⁴⁹³ Il documento informatico privo di sottoscrizione, d'altronde, è equiparato al documento cartaceo

⁴⁹⁴ A tale proposito si rinvia alle ampie considerazioni (riguardanti la progressiva affermazione della rilevanza degli scritti privi di sottoscrizione) sviluppate da F. RICCI, *Le clausole vessatorie nei contratti on line*, in *Contratto e impresa Europa*, 2014, 2, 651 (in particolare da p 672 a p. 681).

⁴⁹⁵ Come descritto e auspicato da F. RICCI, *Le clausole vessatorie nei contratti on line*, in *Contratto e impresa Europa*, 2014, 2, 651.

enormemente ostacolate se si dovesse richiedere di volta in volta l'approvazione specifica delle clausole a contenuto vessatorio⁴⁹⁶. Analogo ragionamento ben potrebbe essere applicato anche al contesto dei contratti telematici laddove si individuasse come equipollente un'informativa ampia e trasparente fornita all'interno del sito internet e come ostacolo le evidenti problematiche collegate all'ottenimento online dell'approvazione delle clausole mediante scrittura privata⁴⁹⁷.

Ad ulteriore dimostrazione dell'effettiva necessità di individuare uno strumento più rapido di approvazione delle clausole onerose online (ma forse anche a conferma dello scarso margine concesso dalla vigente norma codicistica) si segnala un disegno di legge⁴⁹⁸ del 2009 nel quale si proponeva una modifica dell'art. 1341, comma secondo, c.c. nel senso che le clausole vessatorie potessero essere approvate anche con “*modalità tecniche di manifestazione specifica del consenso diverse dalla forma scritta o dalla sottoscrizione, che garantiscano i requisiti di cui al comma 1*”.

La soluzione appena prospettata è inoltre avvalorata dall'interpretazione accolta dalla giurisprudenza statunitense. Le corti americane quando si trovano a dovere valutare l'efficacia della clausola compromissoria contenuta nelle condizioni generali di contratto (quindi di una clausola che nel nostro ordinamento rientra proprio tra quelle menzionate dal 1341, comma secondo, c.c.) valutano principalmente se vi sia il consenso su di questa e quindi se il cliente nel concludere il contratto sia informato sull'esistenza di tale clausola e se la abbia pertanto accettata. I ragionamenti rinvenibili in tali decisioni danno particolare rilievo al fatto che il cliente, nella fase formativa del contratto, abbia visualizzato interamente le condizioni e abbia cliccato il pulsante

⁴⁹⁶ Cass. civ. Sez. III, 10-01-2003, n. 191, pubblicata su *Contratti*, 2003, 5, 453, con nota di G. DE MARZO, *Totocalcio, clausole vessatorie ed esclusione della specifica approvazione per iscritto*. Cass. civ. Sez. III, 12-07-1991, n. 7763, in *Mass. Giur. It.*, 1991. Si veda anche App. Roma, 13-05-1986, pubbl. su *Giust. Civ.*, 1986, I, 1987.

⁴⁹⁷ In senso favorevole F. RICCI, *Le clausole vessatorie nei contratti on line*, in *Contratto e impresa Europa*, 2014, 2, 651; meno convinto invece appare F. AZZARRI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, in *Contratti*, 2010, 3, p. 301 (in part. nota 43).

⁴⁹⁸ Come riportato da V. PANDOLFINI (*Contratto on line e clausole vessatorie: quale firma (elettronica)?*), in *Contratti*, 2013, 1 p. 41) che precisa in nota: “*Trattasi del disegno di legge AS 1447 del 13 marzo 2009, di iniziativa del senatore Musso. Nella relazione si legge che la finalità della proposta di modifica risiede nel semplificare l'approvazione delle clausole vessatorie contenute nei moduli contrattuali on line - e quindi di incentivare, per tale via, il commercio elettronico - permettendo l'utilizzo, in alternativa alla firma digitale " che ancora stenta a diffondersi", di "altre modalità di manifestazione del consenso che garantiscano l'esistenza dei medesimi requisiti di conoscenza".*”

“accetta” oppure se tali condizioni siano solamente visualizzabili con un pulsante (*link*) relegato sul fondo della pagina⁴⁹⁹. Ecco quindi che un ulteriore elemento a suffragio dell’opportunità di attribuire rilievo all’effettiva conoscenza della clausola piuttosto che all’utilizzo di una particolare sottoscrizione arriva da oltre oceano dove la tecnologia informatica, la rete e il commercio elettronico trovano buona parte delle loro origini.

6. Spunti conclusivi.

Sono quindi tangibili le ragioni che suggeriscono l’abbandono del requisito formale dell’art. 1341, comma secondo, c.c., o quantomeno un’interpretazione meno rigida e più “evolutiva” di tale norma. E d’altronde la prassi dimostra che spesso il requisito dell’art. 1341 c.c. viene effettivamente trascurato dagli operatori in favore di soluzioni più rapide e indirizzate all’efficienza e allo sviluppo economico-imprenditoriale. Tali soluzioni però prestano il fianco alla valutazione di inefficacia derivante dall’applicazione della norma codicistica e rappresentano fonte di incertezza del diritto e di potenziale ampio contenzioso. Sarebbe quindi opportuna da parte degli interpreti - se non da parte del legislatore- l’adozione di un approccio maggiormente indirizzato dal buon senso al fine di superare l’ostacolo formale in oggetto senza sacrificare la necessaria tutela per la parte debole e, se possibile, aumentando contestualmente il livello di tutela. Tanto può avvenire attraverso il raggiungimento della finalità sostanziale della norma in commento che non è affatto l’identificazione del soggetto che approva la clausola (che giustificerebbe il requisito formale e l’utilizzo della firma elettronica avanzata), bensì l’ottenimento della piena consapevolezza da parte di quest’ultimo circa il contenuto effettivo dell’accordo telematico.

⁴⁹⁹ L. CICIRELLI, *Online Shopping: Buy One, Lose Legal Rights for Free*, su *Seton Hall Law Review*, 46 *Seton Hall L. Rev.*, 2016, p. 991. L’autrice di tale contributo evidenzia peraltro l’opportunità, nei casi in cui la visualizzazione delle condizioni integrali possa apparire eccessiva, di collocare il *link* a dette condizioni nella parte superiore della pagina in modo tale che l’utente sia tenuto, quantomeno, a visualizzare tale pulsante prima di completare il proprio acquisto cosa che invece può non avvenire con un pulsante posto nel margine inferiore della pagina.

- Parte III -
IL DIRITTO DI RECESSO
DEL CONSUMATORE TELEMATICO.

*

CAPITOLO 9:

IL RECESSO DEL CONSUMATORE TELEMATICO: *RATIO* E DISCIPLINA.

1. Gli strumenti per la protezione del cyberconsumatore. 2. La ratio del diritto di recesso del consumatore nei contratti a distanza. 3. Le fonti e la disciplina del diritto di recesso. 4. Segue. Termine e modalità. 5. Segue. Effetti e conseguenze. 6. Segue. Inosservanza degli obblighi informativi. 7. Segue. Ambito di applicazione ed esclusioni. 8. La natura giuridica del diritto di recesso del consumatore nei contratti a distanza.

1. Gli strumenti per la protezione del cyberconsumatore.

Come già menzionato la posizione del consumatore nel commercio elettronico è meritevole di ampia tutela perché alla posizione di debolezza tipica di ogni contratto del consumatore⁵⁰⁰ si aggiungono le caratteristiche e le peculiarità della contrattazione a distanza. La posizione di inferiorità del consumatore è quindi aggravata dalla predisposizione unilaterale che riguarda non solo il contenuto del contratto ma anche il c.d. assetto materiale del sito internet all'interno del quale il contratto si conclude; il venditore, come visto, ha la possibilità di incidere significativamente su ogni aspetto relativo alla formazione del contratto facendo uso dell'autonomia privata procedimentale⁵⁰¹. Inoltre il fatto che il contratto si concluda *inter absentes* priva il consumatore della possibilità di discutere le condizioni contrattuali con la controparte, di assumere ulteriori informazioni sul contratto e sul suo oggetto, nonché di osservare e verificare di persona il prodotto che intende acquistare. Si consideri poi che il

⁵⁰⁰ Asimmetria informativa sulle caratteristiche del bene o servizio offerto e sugli aspetti legali del contratto, predisposizione unilaterale dell'accordo, impossibilità di intavolare trattative precontrattuali, ecc.

⁵⁰¹ Che sarà oggetto di specifico approfondimento nella parte IV.

consumatore viene raggiunto dalle proposte commerciali in ogni luogo, inclusa la propria abitazione ed i luoghi di lavoro e svago e, siccome ha la possibilità di concludere in pochi secondi (o pochi *click*) il contratto, è esposto al rischio di scelte poco ragionate e, soprattutto, poco informate⁵⁰².

Questa posizione di particolare debolezza del *cyberconsumatore* ha condotto il legislatore europeo (e quello nazionale) ad impostare alcune tutele aggiuntive rispetto a quelle riconosciute generalmente a tutti i consumatori. Attualmente la protezione del *cyberconsumatore* ruota intorno a tre istituti fondamentali: gli obblighi informativi, la conferma d'ordine e il diritto di recesso. A questi si aggiungono, ovviamente, le norme applicabili a tutti i contratti dei consumatori e quindi, tra le altre, la disciplina delle clausole vessatorie⁵⁰³ e della garanzia di conformità⁵⁰⁴.

Nel dicembre del 2015 è stata peraltro pubblicata una proposta di direttiva europea⁵⁰⁵ in materia di vendite online che aveva lo scopo di condurre alla massima armonizzazione alcuni aspetti rilevanti relativi alle vendite online. In particolare la proposta avrebbe differenziato gli aspetti relative alle garanzie di conformità rispetto alle norme comuni a tutti i contratti dei consumatori, adattando così la disciplina al particolare contesto nel quale vengono conclusi i contratti del commercio elettronico. Nel 2017 tale proposta è stata poi riformulata al fine di ottenere una riforma che riguardi in egual maniera le garanzie nei contratti a distanza e nelle vendite “*face to face*” che garantissero al contempo la totale armonizzazione delle discipline dei diversi stati membri⁵⁰⁶.

⁵⁰² In dottrina si è parlato infatti di “*consensi dati (ed estorti) con troppa leggerezza*”, rispetto ai quali il diritto di recesso in commento rappresenta una “*via di fuga*” (E. BACCIARDI, *Il nuovo statuto del diritto di ripensamento tra efficienza del mercato e razionalità (limitata) dei consumatori*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, 3, p. 415.).

⁵⁰³ Una specifica disciplina in materia di clausole vessatorie nei contratti *online* era stata inserita nella *common European Sales Law* ma di essa non vi è traccia nella proposta di direttiva europea in materia di vendite *online* COM(2015)635. Si veda in proposito V.V. CUOCCI, *Contratti online e il mercato unico digitale: l'approccio (minimalista) del legislatore europeo in materia di clausole abusive*, in *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, a cura di A. ADDANTE, in *Le monografie di Contratto e impresa*, serie diretta da F. Galgano, Cedam, 2016, p. 77.

⁵⁰⁴ Entrambe regolate in Italia dal codice del consumo (D.Lgs. 206/2005 e ss.mm.ii.) insieme agli altri aspetti inerenti alla tutela del rapporto di consumo.

⁵⁰⁵ Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita *online* e di altri tipi di vendita a distanza di beni. COM(2015)635.

⁵⁰⁶ Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni del 31 ottobre 2017, COM(2017) 637 final. In epoca più risalente era peraltro stata pubblicata un'altra proposta di riforma dei diritti dei consumatori che analogamente ambiva ad una armonizzazione massima: Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on

Le menzionate proposte non hanno ancora visto l'approvazione del legislatore europeo e quindi oggi si applicano ai contratti conclusi online le regole contenute nel Codice del Consumo e comuni a tutti i contratti dei consumatori, e ciò vale sia in relazione alle garanzie, sia per gli altri strumenti di tutela come la disciplina delle clausole vessatorie. Per tale ragione in questo lavoro non si ritiene di approfondire tali aspetti⁵⁰⁷ (non essendo caratteristici dei contratti telematici) ma ci si occupa di studiare solo quegli aspetti che rilevano in particolar modo nell'ambito della formazione del contratto telematico⁵⁰⁸. Quanto invece agli istituti riservati ai contratti telematici, gli obblighi informativi e la conferma d'ordine sono già stati oggetto di analisi⁵⁰⁹ mentre il diritto di recesso è oggetto di approfondimento nell'ambito di questo capitolo. Nonostante il presente lavoro sia focalizzato sugli aspetti formativi del contratto, il diritto di recesso del consumatore trova spazio in queste pagine per via dell'ambigua natura di tale istituto e per il fatto che in dottrina si discute ancora se esso debba essere ricondotto ad un momento successivo rispetto alla formazione del contratto, ovvero se faccia parte della fattispecie formativa stessa⁵¹⁰.

2. La ratio del diritto di recesso del consumatore nei contratti a distanza.

Lo *jus poenitendi* del consumatore si sostanzia nel diritto di quest'ultimo di liberarsi da un impegno assunto in via telematica nel caso in cui il bene o il servizio non abbia le caratteristiche che legittimamente egli si attendeva (in base a quanto visto sul sito internet) senza la necessità di addurre alcuna motivazione a sostegno della propria

consumer rights of october 2008 COM(2008) 614/3 final, commentata da S. WHITTAKER, *Unfair contract terms and consumer guarantees: the proposal for a directive on consumer rights and the significance of full harmonisation*, su *European Review of Contract Law*, 2009, 2, p. 223.

⁵⁰⁷ Garanzie, nullità relative ed altri strumenti generali di tutela del consumatore,

⁵⁰⁸ Ci si riferisce, per esempio, al cap 8 ove è verificata l'interazione tra le disposizioni codicistiche in materia di clausole vessatorie nei contratti standard e le modalità di formazione dei contratti *online*.

⁵⁰⁹ Capitolo 3 e capitolo 7, paragrafi 8 e 9.

⁵¹⁰ L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in Internet*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, pp. 130 e ss; A.M. GAMBINO e A. STAZI, *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, Giappichelli, 2009, p. 89; M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016, p. 112: "Nell'avviare questa indagine si muoverà dal dato positivo con l'obiettivo di ricercare elementi utili per la sua configurazione, verificando se lo stesso sia effettivamente sussumibile all'interno del procedimento di formazione del contratto, così come ritengono i sostenitori delle tesi cc.dd. procedurali o, piuttosto, si tratti di uno strumento che agisce su un contratto già concluso operando sul piano degli effetti, cc.dd. tesi sostanziali."

intenzione di svincolarsi dall'obbligo assunto⁵¹¹.

Il diritto di recesso in questione entra nel nostro ordinamento nel 1992 con il D.Lgs. 50/1992⁵¹² che rappresenta l'attuazione a livello interno della Direttiva 85/577/CEE. Si tratta di una delle prime normative in materia di contratti a distanza. Il diritto di recesso del consumatore ha quindi trovato spazio nel nostro ordinamento in epoca piuttosto risalente ed addirittura anteriore rispetto alla disciplina degli obblighi informativi⁵¹³.

A livello di politica del diritto l'istituto in commento può essere ricondotto a due concorrenti *rationes*⁵¹⁴: la prima, più evidente, risponde all'esigenza di presidiare la formazione del consenso della parte debole offrendo un efficace strumento di tutela in contratti nei quali l'asimmetria tra le parti è massima⁵¹⁵; la seconda, ancora più rilevante dal punto di vista economico⁵¹⁶, deriva dalla volontà di favorire lo sviluppo di un mercato sempre più efficiente e concorrenziale.

Quanto alla tutela della parte debole, si sono già ampiamente evidenziate le ragioni di

⁵¹¹ Definizione ispirata a quella di E. MINERVINI, P. BARTOLOMUCCI, *La tutela del consumatore telematico*, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 364.

⁵¹² Decreto Legislativo 15 gennaio 1992, n. 50: Attuazione della direttiva n. 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali.

⁵¹³ “*Dunque, se la regolamentazione contenuta nel d.lg. n. 50 del 1992 mirava fondamentalmente ad assicurare al consumatore la possibilità di liberarsi dal vincolo contrattuale, eventualmente sanzionando l'incompleta o assente informativa circa le modalità di esercizio del recesso con la proroga del termine, con il decreto del 1999 il legislatore, acquisita maggiore consapevolezza della complessità del fenomeno e-commerce, mostra piuttosto attenzione verso la fase regolativi negoziale, imponendo specifici obblighi informativi come strumenti a tutela preventiva del consumatore.*” (D. LAMANNA DI SALVO, *La tutela del consumatore nell'ordinamento italiano tra strumenti privatistici e pubblicistici*, in *Giur. Merito*, 2013, 12, p. 2658B).

⁵¹⁴ E. BACCIARDI, *Il nuovo statuto del diritto di ripensamento tra efficienza del mercato e razionalità (limitata) dei consumatori*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, 3, p. 415. A tal proposito si veda anche il considerando n. 4 della Direttiva 2011/83/CE (che ha portato alla riforma del codice del consumo con il D.Lgs. 21/2014): “*A norma dell'articolo 26, paragrafo 2, TFUE, il mercato interno dovrebbe comprendere uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci e dei servizi nonché la libertà di stabilimento. L'armonizzazione di taluni aspetti dei contratti a distanza conclusi dai consumatori e dei contratti da essi negoziati fuori dei locali commerciali è necessaria per promuovere un effettivo mercato interno dei consumatori, che raggiunga il giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela dei consumatori e la competitività delle imprese, assicurando nel contempo il rispetto del principio di sussidiarietà.*”

⁵¹⁵ H. EIDENMULLER, *Why withdrawal rights?*, *European Review of Contract Law*, 2011, 1, p. 1.

⁵¹⁶ D'altronde l'Unione Europea (o meglio la CEE) nacque allo scopo di favorire il commercio e lo sviluppo economico prima ancora che per tutelare i soggetti deboli. “*Se, dunque, la giustificazione teorica dell'istituto oscilla fra il favor consumatoris ed il favor mercatorum, i primi commentatori hanno segnalato come il testo della direttiva - e della relativa disciplina di attuazione - enfatizzi la vis concorrenziale del recesso, a discapito della tutela del contraente debole, «passata dal primo piano allo sfondo della normativa»*” (E. BACCIARDI, *Il nuovo statuto del diritto di ripensamento tra efficienza del mercato e razionalità (limitata) dei consumatori*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, 3, p. 415).

tale necessità nonché le specifiche caratteristiche che determinano l'asimmetria nei contratti del commercio elettronico. Lo scopo del diritto di recesso è ripristinare la libertà di scelta del consumatore aumentando i margini di ponderazione che le modalità di contrattazione telematica riducono oltre il limite ritenuto congruo dal legislatore⁵¹⁷. Alcuni autori hanno osservato che la *ratio* del diritto di recesso differisce in parte tra i contratti negoziati fuori dai locali commerciali e i contratti a distanza: nei primi il consumatore sarebbe vittima di pratiche commerciali aggressive e quindi del connesso effetto sorpresa, nei secondi invece il consumatore non sarebbe sorpreso dalla trattativa quanto dall'impossibilità di visionare la merce prima dell'acquisto⁵¹⁸. Tale distinzione non appare del tutto convincente perché parte dall'assunto che il consumatore telematico non venga colto di sorpresa dalla proposta commerciale ma che sia esso stesso a prendere l'iniziativa collegandosi al sito del commerciante. Ciò, tuttavia, non è sempre vero: molto frequentemente il destinatario della proposta viene condotto sul sito di commercio elettronico attraverso *link* o *banner* pubblicitari che lo "sorprendono" mentre questo compie le più disparate attività online. La proposta *online* può giungere in ogni momento, mentre l'utente legge le notizie o controlla il meteo, mentre guarda un film, mentre utilizza un'applicazione o un videogioco, o mentre visita un social network. Essa peraltro, alla luce della tecnologia dei *cookies* e delle analisi dei dati effettuate dagli operatori commerciali risulta sempre più vicina agli interessi del destinatario e, quindi, massimamente idonea a determinare i c.d. acquisti d'impulso.⁵¹⁹. Ne consegue che l'effetto sorpresa deriva da molteplici ragioni: il consumatore può essere contestualmente vittima sia di pratiche commerciali aggressive (per essere sollecitato all'acquisto in contesti diversi dai locali -o siti- commerciali), sia dell'impossibilità di visionare il bene e interagire direttamente con il venditore, sia - come già rilevato- della predisposizione unilaterale da parte del venditore sotto i profili

⁵¹⁷ A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, CEDAM, 2017, p. 208.

⁵¹⁸ M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016, p. 117; E. BACCIARDI, *Il nuovo statuto del diritto di ripensamento tra efficienza del mercato e razionalità (limitata) dei consumatori*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, 3, p. 415.

⁵¹⁹ Per acquisto d'impulso si intende un acquisto non programmato, effettuato in conseguenza di uno stimolo improvviso che non considera la convenienza o l'utilità del bene comprato. Si ritiene che circa il 75/80% degli acquisti online sono catalogabili come acquisti d'impulso. Per approfondimento in merito al concetto di acquisto d'impulso e alla sua rilevanza nell'ambito dell'*ecommerce* si veda L. CICIRELLI, *Online Shopping: Buy One, Lose Legal Rights for Free*, su *Seton Hall Law Review*, 46 *Seton Hall L. Rev.*, 2016, p. 991.

contenutistici e procedurali.

La seconda delle menzionate *rationes*, priva di ogni connotato solidaristico, è orientata esclusivamente allo sviluppo economico ed alla massima diffusione del commercio elettronico⁵²⁰. Il raggiungimento di tale finalità passa attraverso lo sviluppo di un clima di fiducia rispetto alle transazioni commerciali effettuate attraverso gli strumenti telematici⁵²¹. Permettendo al consumatore di recedere dal contratto e rendendolo edotto circa tale possibilità si favorisce enormemente l'utilizzo dello strumenti telematici per l'acquisto di beni e servizi: ciò perché se il consumatore è consapevole della possibilità di liberarsi dal vincolo, egli sarà senz'altro più propenso ad effettuare l'acquisto e soprattutto meno diffidente rispetto alla conclusione del contratto a distanza⁵²². L'utilità del diritto di recesso nel favorire lo sviluppo del commercio elettronico è anche confermata dal fatto che spesso gli operatori economici all'interno dei propri siti di commercio elettronico mettano in particolare risalto l'esistenza dello *ius poenitendi*

⁵²⁰ La tendenza, d'altronde, è evidente anche dalla lettura del considerando n. 5 della Direttiva 2011/83/CE (che ha portato alla riforma del codice del consumo con il D.Lgs. 21/2014): *“Il potenziale transfrontaliero delle vendite a distanza, che dovrebbe essere uno dei principali risultati tangibili del mercato interno, non è completamente sfruttato. Rispetto alla crescita significativa delle vendite a distanza negli ultimi anni, è rimasta limitata la crescita delle vendite a distanza transfrontaliere. Tale discrepanza è particolarmente significativa per le vendite via Internet che hanno un elevato potenziale di ulteriore crescita. Il potenziale transfrontaliero dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali (vendita diretta) è limitato da una serie di fattori che includono le diverse norme nazionali di tutela dei consumatori imposte sull'industria. Rispetto alla crescita della vendita diretta a livello nazionale negli ultimi anni, in particolare nel settore dei servizi, ad esempio servizi pubblici, è rimasto esiguo il numero di consumatori che utilizza questo canale per gli acquisti transfrontalieri. Rispondendo alle maggiori opportunità commerciali in molti Stati membri, le piccole e medie imprese (inclusi i singoli professionisti) o gli agenti di imprese di vendita diretta dovrebbero essere più inclini a cercare opportunità commerciali in altri Stati membri, in particolare nelle regioni di confine. La completa armonizzazione delle informazioni e il diritto di recesso nei contratti a distanza e nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali contribuirà quindi a un livello elevato di protezione dei consumatori e a un migliore funzionamento del mercato interno tra imprese e consumatori.”*

⁵²¹ V. CUFFARO, *Profili di tutela del consumatore nei contratti online*, in G. FINOCCHIARO e F. DELFINI, *Diritto dell'informatica*, UTET 2014, p. 378.

⁵²² *“Esaminando il droit de se repentir«dal lato del venditore» - è stato rilevato - la previsione (anche convenzionale) del rimedio estintivo risponde all'esigenza, «tipicamente commerciale», di consentire ai potenziali acquirenti di concludere l'affare, «magari con leggerezza», in quanto «l'operazione non è irreversibile e gli eventuali errori saranno riparabili»”* (E. BACCIARDI, *Il nuovo statuto del diritto di ripensamento tra efficienza del mercato e razionalità (limitata) dei consumatori*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, 3, p. 415). *“A tale scopo si aggiunge quello ulteriore di conformazione del mercato in termini tali da incentivarne la funzionalità e lo sviluppo: rendendo possibile al consumatore una via d'uscita dal contratto, infatti, si facilita l'accesso dello stesso a settori di mercato che si ritiene desiderabile sviluppare e, ad un tempo, li si indirizza verso lo standard qualitativo ritenuto appropriato, e d'altra parte si introduce uno strumento che annulla la 'distanza' tra il consumatore acquirente e per un verso, il prodotto, nonché, per altro verso l'organizzazione del professionista.”* (A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, CEDAM, 2017, p. 209).

(anche al di là degli obblighi informativi di legge) ed, anzi, talvolta amplino ulteriormente la facoltà di recedere, andando ben oltre gli obblighi derivanti dalla normativa comunitaria e nazionale. Per esempio il sito Amazon⁵²³ permette la restituzione dei prodotti acquistati fino a trenta giorni dalla consegna senza peraltro limitare tale facoltà ai soli consumatori⁵²⁴.

3. Le fonti e la disciplina del diritto di recesso.

Come già segnalato, l'introduzione del diritto di recesso del consumatore nei contratti a distanza risale al 1992 quando il legislatore italiano con il D.Lgs. 50/1992⁵²⁵ ha recepito la Direttiva 85/577/CEE. L'istituto in commento ha nel corso degli anni subito notevoli modifiche sia in relazione alla sua disciplina, sia alla sua collocazione normativa ed infatti esso dal 2005 trova spazio nel codice del consumo. L'ultima novità in ordine cronologico risale al 2014 (D.Lgs. 21/2014) ed anch'essa è stata originata dalla necessità di recepire una direttiva Europea, la 2011/83/CE. Tale intervento legislativo ha portato alla sostituzione di tutti gli articoli del codice del consumo relativi ai contratti a distanza, riorganizzandoli e modificando in maniera sostanziale la disciplina relativa al diritto di recesso⁵²⁶. Tali norme ricalcano pedissequamente il contenuto della direttiva in conformità alla finalità di armonizzazione massima perseguita dal legislatore comunitario; ne consegue che la disciplina del diritto di recesso del consumatore è ora

⁵²³ Il sito di *ecommerce* più diffuso a livello globale.

⁵²⁴ Si vedano le Condizioni Generali di Uso e Vendita del sito Amazon.it del 12 luglio 2017: "*In aggiunta ai tuoi diritti derivanti dalla legge, i prodotti venduti da Amazon EU Sarl possono essere restituiti ad Amazon EU Sarl entro 30 giorni dalla consegna, fatte salve le eccezioni al diritto di recesso, purché siano integri e nelle stesse condizioni in cui ti sono stati consegnati.*" Si noti comunque che il diritto alla restituzione entro 30 giorni non è un'estensione del diritto di recesso in quanto è regolato diversamente e si va ad aggiungere al più ampio (qualitativamente) diritto di recesso di 14 giorni previsto dalla norma. Tanto rileva però ai fini della dimostrazione dell'utilità del diritto di recesso rispetto alla diffusione del commercio elettronico e dell'interesse degli operatori stessi nel favorire la facoltà di restituire il bene acquistato *online*.

⁵²⁵ Decreto Legislativo 15 gennaio 1992, n. 50: Attuazione della direttiva n. 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali.

⁵²⁶ Unitamente alle già descritte disposizioni relative agli obblighi informativi ed a quelle inerenti la consegna dei beni acquistati a distanza. In relazione a quest'ultimo argomento, non oggetto (se non in via incidentale) del presente lavoro si rimanda al commento di S. PAGLIANTINI, *La norma incompiuta dell'art. 61 c.cons.: consegna e recesso in autotutela*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2014, 5.

tendenzialmente uniforme all'interno dell'unione Europea⁵²⁷.

La presente analisi è dedicata alla disciplina del diritto di recesso previsto dagli articoli da 52 a 59 del codice del consumo ma è necessario precisare che questo non sia l'unico diritto di pentimento riconosciuto da tale normativa. Altre ipotesi sono contemplate in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari (art. 67-duodecies), di multiproprietà (art. 73) e nelle operazioni di credito al consumo (art. 125 ter del TUB)⁵²⁸.

Gli elementi caratterizzanti del diritto di recesso sono la gratuità, la discrezionalità e l'unilateralità⁵²⁹: il consumatore, infatti può recedere dal contratto a distanza (o negoziato fuori dai locali commerciali) senza dover fornire alcuna motivazione e senza dover sostenere costi diversi da quelli previsti dall'art. 56 comma secondo e 57 Cod.Cons.; queste caratteristiche si aggiungono⁵³⁰ l'inderogabilità⁵³¹, l'irrinunciabilità⁵³², l'insindacabilità e la formalità⁵³³.

⁵²⁷ C. CONFORTINI, *Il recesso di pentimento*, in *Corriere Giur.*, 2014, 7, All. 1, p. 19. A questo proposito si evidenzia peraltro l'opportunità della scelta di attuare un'armonizzazione di livello massimo per favorire la possibilità degli operatori commerciali di offrire i propri beni indistintamente a tutti i cittadini dell'Unione senza la complicazione di dovere adattare la propria organizzazione alle diverse normative di diritto interno. E ciò in particolare in una realtà (quella di internet) che dal punto di vista tecnico non conosce barriere né frontiere. Il fatto che l'armonizzazione ottenuta per mezzo della direttiva in materia di *ius poenitendi* sia ritenuta sufficiente dal legislatore europeo è confermato dalla mancanza di ulteriori norme sul recesso all'interno della proposta di direttiva europea in materia di vendite *online* COM(2015)635.

⁵²⁸ A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, CEDAM, 2017, p. 205. C. CONFORTINI (*Il recesso di pentimento*, in *Corriere Giur.*, 2014, 7, All. 1, p. 19) ha osservato la disomogeneità del termine per esercitare il diritto di recesso nei diversi ambiti: "Sotto altro profilo, poiché il legislatore europeo, come si è detto, non ha optato per un modello "trasversale" di disciplina del diritto di ripensamento nella contrattazione tra professionista e consumatore, non si può mancare di osservare la persistenza, nel nostro ordinamento, di una forte disomogeneità quanto all'estensione del periodo di riflessione nei vari settori speciali: quattordici giorni in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori (art. 67- duodecies cod. cons.), multiproprietà (art. 73 cod. cons.) e credito al consumo (art. 125- ter T.u.b.); trenta per l'assicurazione sulla vita (art. 177 cod. ass.); sette per le vendite a distanza di strumenti finanziari e gestione di portafogli individuali (art. 30 T.u.f).".

⁵²⁹ M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016, p. 117.

⁵³⁰ A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, CEDAM, 2017, p. 213.

⁵³¹ Ex art. 66, comma 2, Cod.Cons.

⁵³² Ex art. 143 Cod.Cons.

⁵³³ Per quanto il consumatore goda di notevole libertà circa le modalità di esternazione della propria dichiarazione, egli deve comunque rispondere a determinati requisiti che, come si vedrà nel prosieguo, sono stati oggetto di ulteriore alleggerimento con la riforma del 2014.

4. *Segue. Termine e modalità.*

Il consumatore dispone di un periodo di quattordici giorni per recedere da un contratto⁵³⁴ a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali⁵³⁵. La riforma del 2014 ha esteso il termine per l'esercizio del diritto di recesso (che precedentemente era di dieci giorni) e ne ha precisato puntualmente il *dies a quo*⁵³⁶. Nei contratti di servizi o di fornitura il termine decorre dalla conclusione del contratto mentre nei contratti di vendita di beni decorre dal giorno in cui il consumatore (o un terzo da questi designato, diverso dal vettore) ne acquisisce il possesso⁵³⁷. Il momento iniziale dal quale calcolare il termine per l'esercizio del diritto subisce poi un notevole slittamento in avanti nel caso in cui il professionista non abbia correttamente adempiuto agli obblighi informativi in relazione a tale diritto del consumatore: se le informazioni sono fornite in ritardo (ma entro 12 mesi dalla consegna) il termine di quattordici giorni decorre dal giorno in cui esse sono fornite; in mancanza di informazioni, invece, il periodo di recesso termina dodici mesi dopo la fine del periodo di recesso iniziale⁵³⁸. Perché il recesso sia considerato validamente esercitato è sufficiente che la comunicazione sia inviata entro il termine previsto dalla legge⁵³⁹.

⁵³⁴ La norma peraltro non parla esclusivamente di recesso dal contratto ma anche dalla proposta (quando il contratto sia destinato a concludersi in base a un'offerta fatta dal consumatore). Il riferimento al recesso dalla proposta stride evidentemente con le categorie del diritto italiano in quanto la proposta può essere revocata e non receduta. La disposizione però è giustificata dalla necessità di tutelare il consumatore in egual modo anche quando –come spesso accade– il professionista ha predisposto il procedimento di formazione del contratto in modo tale che dal punto di vista formale sia il consumatore a risultare come proponente. In tal modo quindi si rende irrilevante (rispetto all'esercizio del recesso) l'inversione di ruoli voluta dal professionista. Sul punto si veda: A.M. BENEDETTI, *La difesa del consumatore dal contratto: la natura ambigua dei recessi di pentimento*, in *Annuario del Contratto 2011*, diretto da V. Roppo e A. D'Angelo, Giappichelli, 2011, p. 3.

⁵³⁵ Così l'art. 52 Cod.Cons..

⁵³⁶ “Nella versione precedente alle modifiche apportate dal d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, il codice del consumo determinava il momento iniziale di decorrenza del termine per recedere combinando tre criteri: quello delle modalità della contrattazione, quello dell'oggetto del contratto e quello dell'adempimento degli obblighi informativi.” (C. CONFORTINI, *Il recesso di pentimento*, in *Corriere Giur.*, 2014, 7, All. 1, p. 19).

⁵³⁷ Se i beni oggetto di acquisto sono consegnati separatamente il termine decorre dalla consegna dell'ultima parte. Viceversa quando si tratta di beni da consegnare a scadenze periodiche dal giorno della prima consegna. In sostanza, quindi, il consumatore ha sempre 14 giorni interi per valutare il bene dopo averne ricevuto la consegna.

⁵³⁸ Art. 53 Cod.Cons..

⁵³⁹ L'art. 54 Cod.Cons. stabilisce che l'onere della prova relativo al corretto (e tempestivo) esercizio del diritto di recesso incombe sul consumatore.

Quanto alle modalità con le quali il consumatore esercita il proprio diritto, il codice del consumo lascia ampia libertà al consumatore: egli deve informare il professionista della sua decisione di esercitare il diritto di recesso e per fare questo può scegliere di utilizzare il modulo tipo contenuto nell'allegato al codice del consumo oppure presentare *“una qualsiasi altra dichiarazione esplicita della sua decisione”*. A ciò si aggiunge la possibilità che il professionista abbia fornito l'opzione di compilare e inviare elettronicamente il modulo o di fare una dichiarazione all'interno del sito web⁵⁴⁰. In questo la nuova normativa si discosta notevolmente da quella precedente che invece stabiliva più rigide formalità: la comunicazione del recesso doveva essere inviata mediante una comunicazione scritta trasmessa con raccomandata con avviso di ricevimento⁵⁴¹.

Una ulteriore novità del codice del consumo riformato nel 2014 risiede nella motivazione che il consumatore deve fornire per il recesso. Precedentemente il consumatore era esonerato dallo specificare le ragioni del recesso ed era quindi rilevante solamente l'esternazione del motivo del recesso e non il motivo in sé (che rimaneva insindacabile). Diversamente adesso il consumatore non è neppure tenuto a fornire alcuna motivazione⁵⁴² e si può limitare alla mera comunicazione della propria intenzione di recedere⁵⁴³.

Una volta che il consumatore ha validamente esercitato il diritto di recesso il professionista è tenuto a comunicare senza indugio al consumatore una conferma di ricevimento su un supporto durevole. Tale norma risponde alla medesima esigenza della conferma d'ordine⁵⁴⁴ in quanto permette al consumatore di avere contezza circa il

⁵⁴⁰ Così avviene, per esempio, sul sito Amazon.it dove si trovano dei comandi appositi per l'esercizio del recesso.

⁵⁴¹ Cfr precedente versione dell'art. 64 Cod.Cons.. La comunicazione poteva anche essere trasmessa con altri mezzi (tra i quali il fax e la posta elettronica) però doveva essere poi confermata con raccomandata entro 48 ore. M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016, p. 120.

⁵⁴² Per ogni riflessione circa la possibilità di un utilizzo abusivo da parte del consumatore di tale discrezionalità si rinvia al successivo capitolo 10.

⁵⁴³ Art. 52 Cod.Cons.: *“il consumatore dispone di un periodo di quattordici giorni per recedere da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali senza dover fornire alcuna motivazione”*. E. BACCIARDI, *Il nuovo statuto del diritto di ripensamento tra efficienza del mercato e razionalità (limitata) dei consumatori*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, 3, p. 415: *“Con tale variazione lessicale, il legislatore ha inteso sottrarre ogni rilievo giuridico agli impulsi soggettivi che inducono il contraente a pentirsi dell'affare”*.

⁵⁴⁴ Descritta ai paragrafi 8 e 9 del capitolo 7.

corretto esercizio del diritto di recesso evitando che egli si trovi in una situazione di incertezza.

5. Segue. Effetti e conseguenze.

La disciplina degli effetti del diritto di recesso rappresenta un punto di forte discontinuità rispetto al passato e ciò in primo luogo per il grado di articolazione e dettaglio della normativa riformata⁵⁴⁵.

La più logica e immediata conseguenza dell'esercizio del diritto è che esso pone termine all'obbligo delle parti di eseguire il contratto (o di concluderlo se si tratta di offerta fatta dal consumatore)⁵⁴⁶. Quanto alle prestazioni già eseguite, il consumatore è tenuto a restituire i beni entro 14 giorni dalla comunicazione del recesso⁵⁴⁷ mentre il professionista deve rimborsare il pagamento al consumatore entro 14 giorni⁵⁴⁸ dalla ricezione della comunicazione ma può trattenere il rimborso fino alla ricezione dei beni (o fino a quando il consumatore non dimostra di averli spediti)⁵⁴⁹. Per evitare

⁵⁴⁵ Il nuovo codice vi dedica ben quattro articoli (55, 56, 57 e 58) mentre la versione precedente solamente due (66 e 67). C. CONFORTINI, *Il recesso di pentimento*, in *Corriere Giur.*, 2014, 7, All. 1, p. 19.

⁵⁴⁶ In merito all'effetto retroattivo del recesso in commento si rinvia a M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016, p. 167.

⁵⁴⁷ È sufficiente che il consumatore effettui la spedizione per considerare rispettato il termine.

⁵⁴⁸ Il termine è stato più che dimezzato dal momento che precedentemente il professionista aveva 30 giorni di tempo per effettuare il rimborso ed il rimborso è stato espressamente esteso a tutti i pagamenti ricevuti incluse le spese di consegna.

⁵⁴⁹ È stato osservato che la norma, pur prevedendo un termine molto stringente per il rimborso da parte del professionista, non fornisca adeguati strumenti di tutela in caso di mancato rispetto del termine: *“Quid iuris - viene spontaneo chiedersi - nell'ipotesi in cui il professionista dovesse lasciare spirare inutilmente detto termine? La legge francese di recepimento della Direttiva 2011/83/UE ha previsto una maggiorazione dell'importo dovuto in restituzione nella misura del 10% se il ritardo non supera i trenta giorni, del 20% se il rimborso è effettuato fra il trentunesimo ed il sessantesimo giorno, del 50% se il ritardo supera i sessanta giorni. La legge spagnola prevede che, in caso di ritardo, il professionista debba il "doble" della somma restituenda. Nulla di analogo si ritrova nella recente novella del codice del consumo; con la conseguenza che - in applicazione dei principi di diritto comune - il professionista, che non rispetti il termine fissato ex lege per i rimborsi, cadrà automaticamente in mora (ex art. 1219, comma 2 n. 3, c.c.) e, per ciò solo, sarà tenuto a corrispondere al consumatore gli interessi legali sulla somma dovuta. Per dissuaderlo dal proseguire nella sua condotta dilatoria, sarà onere del consumatore avviare contro di lui un'azione giudiziale, che gli consenta di giovare della regola - anche questa di diritto comune - da ultimo introdotta dal novellato comma 4 dell'art. 1284 c.c., secondo cui "dal momento in cui è proposta domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali".”* (C. GRANELLI, *“Diritti dei consumatori” e tutele nella recente novella del codice del consumo*, in *Contratti*, 2015, 1, p. 59).

comportamenti ostruzionistici da parte del professionista la norma prevede peraltro che il rimborso avvenga con la medesima modalità di pagamento utilizzata dal consumatore per la transazione iniziale.

Le parti del contratto, in relazione alle obbligazioni restitutorie sono quindi in posizione di parità, con l'unica differenza che solo al professionista è attribuita l'autotutela dell'eccezione di inadempimento: egli (limitatamente ai contratti di vendita di beni fisici) può ritardare l'adempimento della propria obbligazione restitutoria fino alla ricezione (o alla prova della spedizione) dei beni restituiti⁵⁵⁰.

In linea di massima il consumatore ha diritto al rimborso di quanto pagato, rimanendo a suo carico solamente i costi relativi alla restituzione del bene⁵⁵¹. Tuttavia ad esso possono essere addebitati ulteriori costi in base alla dettagliata disciplina dell'art. 57 Cod.Cons.⁵⁵². In primo luogo il consumatore è responsabile della diminuzione di valore risultante da una manipolazione⁵⁵³ dei beni diversa da quella necessaria per valutare gli stessi⁵⁵⁴. In altre parole egli ha la libertà di esaminare i beni e di provarli, come se si trovasse in un negozio fisico⁵⁵⁵, ma ove ne determini una modificazione sproporzionata rispetto a tale scopo ne sarà chiamato a rispondere. Tale norma conosce però un'eccezione: il consumatore non è responsabile della diminuzione di valore se il professionista ha omesso l'informativa obbligatoria sul diritto di recesso⁵⁵⁶.

⁵⁵⁰ La ratio è evidentemente quella di evitare che il consumatore ottenga il rimborso trattenendo i beni e ponendo il professionista in una situazione di tutela molto limitata non avendo strumenti efficienti per recuperarli.

⁵⁵¹ Purché il professionista non abbia concordato di sostenerlo o abbia omesso di informare il consumatore che tale costo è a carico di quest'ultimo. A questo si aggiungerebbe l'eventuale costo di spedizione dal venditore, nel caso in cui il consumatore abbia scelto espressamente un tipo di consegna diverso da quello meno costoso.

⁵⁵² Così infatti il comma 5 dell'art 57 Cod.Cons.: *“Fatto salvo quanto previsto nell'articolo 56, comma 2, e nel presente articolo, l'esercizio del diritto di recesso non comporta alcuna responsabilità per il consumatore.”*

⁵⁵³ Su questo concetto e sulla configurabilità di un possibile comportamento abusivo da parte del consumatore si tornerà nel successivo capitolo 10.

⁵⁵⁴ Art. 57 Cod.Cons., comma 2.

⁵⁵⁵ Infatti il considerando 47 della direttiva europea (2011/83/UE) che ha dato origine alla riforma del 2014 precisa che *“Per stabilire la natura, le caratteristiche e il funzionamento dei beni il consumatore dovrebbe solo manipolarli e ispezionarli nello stesso modo in cui gli sarebbe consentito farlo in un negozio.”*

⁵⁵⁶ Tale norma sarà oggetto di ulteriori ed ampie riflessioni al capitolo 10.

Un altro costo addebitabile⁵⁵⁷ al consumatore receduto riguarda la situazione in cui il consumatore ha fatto esplicita richiesta che la prestazione di servizi o la fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento iniziasse durante il periodo di recesso. In tal caso egli dovrà corrispondere un importo proporzionale⁵⁵⁸ a quanto è stato fornito prima del recesso. La *ratio* di tale disposizione deriva evidentemente dal fatto che tali prestazioni, a differenza della consegna di un bene, non possano essere oggetto di restituzione da parte del consumatore. Anche questa norma conosce eccezioni in caso di inadempimento del professionista a determinati obblighi informativi precontrattuali e postcontrattuali.

L'ultima norma sugli effetti dell'esercizio del recesso riguarda le conseguenze relative ai contratti accessori. Essi, in caso di scioglimento del contratto principale per recesso del consumatore, devono ritenersi risolti di diritto senza costi per quest'ultimo (ad eccezione di quelli già commentati di cui agli art. 47, comma 2, e 57 Cod.Cons.).

6. Segue. Inosservanza degli obblighi informativi.

L'effettività della tutela fornita dal diritto di recesso non sarebbe evidentemente completa se non si garantisse che il consumatore sia informato della propria facoltà di liberarsi dal vincolo. Per tale ragione il codice del consumo impone stringenti obblighi informativi al professionista e prevede specifiche conseguenze per il caso di inosservanza. Innanzitutto il già menzionato⁵⁵⁹ art. 49 Cod.Cons.⁵⁶⁰ impone al professionista di informare il consumatore sull'esistenza (o inesistenza) del diritto di recesso (fornendo il modulo tipo di recesso), nonché su tutti gli eventuali costi che egli dovrà sostenere in caso di recesso. Lo stesso art. 49 rinvia poi alle "istruzioni tipo sul recesso" di cui all'allegato I, parte A del codice del consumo, alle quali il professionista

⁵⁵⁷ In base ai commi 3 e 4 dell'art. 57 Cod.Cons..

⁵⁵⁸ Tale importo viene calcolato in base al corrispettivo pattuito nel contratto ma il valore risultante può essere oggetto di una ulteriore valutazione: "*Se detto prezzo totale è eccessivo, l'importo proporzionale è calcolato sulla base del valore di mercato di quanto è stato fornito*" (art. 57 Cod.Cons., comma 3). Tale norma è stata oggetto di critica in dottrina perché contrastante con l'impianto tradizionale della tutela consumeristica che si fonda sul principio per cui il carattere abusivo delle clausole non possa vertere sulla determinazione dell'oggetto del contratto o sull'adeguatezza del corrispettivo (M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016, p. 160).

⁵⁵⁹ Capitolo 3.

⁵⁶⁰ Alle lettere da h) a m).

deve conformarsi per essere in regola rispetto ai propri obblighi informativi. Quando poi il contratto è concluso con un mezzo di comunicazione a distanza che consente uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni il professionista è tenuto a fornire su quel mezzo alcune informazioni essenziali tra le quali sono incluse quelle sul diritto di recesso⁵⁶¹.

In caso di inosservanza dell'obbligo informativo sul diritto di recesso il termine a disposizione del consumatore viene fatto slittare di 12 mesi ma se il professionista fornisce le informazioni tardivamente il termine di 14 giorni decorre da quando tali informazioni sono fornite. In tal caso peraltro il consumatore non è tenuto a sostenere i costi derivanti dalla manipolazione del bene⁵⁶². La scelta di escludere un allungamento *sine die* del periodo per esercitare il recesso in assenza di informativa è stata oggetto di contestazione da parte della dottrina in quanto il consumatore andrebbe a perdere (seppure dopo un lasso di tempo significativo) il proprio diritto senza mai essere stato posto in condizione di esercitarlo, per non esserne stato informato⁵⁶³.

Qualora infine il consumatore, pur essendo avendo ricevuto l'informativa sull'esistenza del diritto di recesso, non sia stato informato del proprio onere di sostenere i costi per la restituzione non sarà tenuto a sopportarli⁵⁶⁴. Analogamente non dovrà sostenere i costi per la prestazione di servizi o per la fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento durante il periodo di recesso se non adeguatamente informato in merito a tali costi⁵⁶⁵.

⁵⁶¹ Art. 51 Cod.Cons., comma 4.

⁵⁶² In riferimento alla *ratio* di questa regola si veda A.M. BENEDETTI, voce «Recesso del consumatore», in *Enc. del dir., Annali IV*, Giuffrè, 2011, 977: “*se il consumatore non era stato informato sul recesso può ritenersi non scorretto l'uso anche intensivo ch'egli abbia fatto del bene durante il termine (lungo) per recedere, giacché egli non sapeva, per colpa del professionista inadempiente ai suoi obblighi, che il contratto poteva essere risolto facilmente e che il bene avrebbe poi dovuto essere restituito a controparte. Se l'avesse saputo, può presumersi ch'egli avrebbe usato il bene in modo diverso, o non l'avrebbe usato per niente*”.

⁵⁶³ C. CONFORTINI, *Il recesso di pentimento*, in *Corriere Giur.*, 2014, 7, All. 1, p. 19: “*La scelta compiuta a livello europeo e oggi tradotta in ambito domestico pare aver segnato un sensibile arretramento della soglia di protezione del consumatore. Nel decidere il caso Heininger, infatti, la Corte di giustizia dell'Unione Europea aveva inequivocabilmente statuito il principio secondo cui, nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, in caso di omessa informazione sul recesso, lo spatium deliberandi sarebbe rimasto suscettibile di protrarsi sine die, salvi gli effetti preclusivi dell'eventuale deterioramento o perimento del bene in seguito all'uso ovvero dell'eventuale avvenuta prestazione dei servizi.*”.

⁵⁶⁴ Art. 57 Cod.Cons., comma 1.

⁵⁶⁵ Art. 57 Cod.Cons., comma 4.

7. Segue. Ambito di applicazione ed esclusioni.

Vi sono ampie categorie di contratti nei quali non viene riconosciuto al consumatore il diritto di recesso nonostante possano essere conclusi online.

In primo luogo l'intera disciplina dei contratti a distanza non si applica ai contratti elencati dall'art. 47 Cod.Cons.⁵⁶⁶: tra questi rientrano, per esempio, i contratti per i servizi sociali e di assistenza sanitaria, le attività di azzardo, ed altri contratti per i quali è prevista una specifica diversa disciplina di tutela (come quelli relativi ai servizi finanziari e quelli dei c.d. pacchetti turistici).

L'art. 59 Cod.Cons. prevede poi esclusioni specifiche che riguardano solamente il diritto di recesso⁵⁶⁷.

In primo luogo il consumatore non ha diritto di recedere dal contratto nei contratti di servizi interamente eseguiti e nei contratti di fornitura di contenuti digitali su supporti non materiali (quindi scaricati da internet)⁵⁶⁸ ma solo se ha chiesto espressamente l'inizio dell'esecuzione accettando la perdita del diritto di recesso⁵⁶⁹. Altra esclusione opera quando il prezzo dei beni o dei servizi è soggetto a fluttuazioni nel mercato finanziario che il professionista non è in grado di controllare e che possono verificarsi nel periodo di recesso⁵⁷⁰. Altre ipotesi riguardano prodotti che per la loro natura o per le loro caratteristiche non si prestano alla restituzione e quindi: i beni confezionati su misura o personalizzati, quelli che rischiano di deteriorarsi o di scadere, i beni sigillati che non possono essere restituiti per motivi igienici (e sono stati aperti), i beni che per loro natura dopo la consegna risultano inscindibilmente mescolati con altri beni, la fornitura di registrazioni audio o video sigillate o di *software* informatici sigillati che sono stati aperti dopo la consegna, la fornitura di giornali, periodici e riviste ad eccezione dei contratti di abbonamento per la fornitura di tali pubblicazioni. Infine sono

⁵⁶⁶ L'articolo appena menzionato esclude l'applicazione dei capi I, II, III, e IV del titolo II del codice del consumo.

⁵⁶⁷ A tali contratti si applicano comunque le altre disposizioni in materia di contratti a distanza.

⁵⁶⁸ Vi è una distinzione: nei contratti di servizi l'esclusione opera solo se il servizio è stato interamente prestato mentre quando si tratti di contenuti digitali è sufficiente che l'esecuzione sia iniziata.

⁵⁶⁹ Per approfondimento si veda M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016, p. 123.

⁵⁷⁰ Tra questi beni sono incluse le bevande alcoliche, il cui prezzo sia stato concordato al momento della conclusione del contratto di vendita, la cui consegna possa avvenire solo dopo trenta giorni.

esclusi i contratti conclusi mediante aste pubbliche, la fornitura di alloggi per fini non residenziali, il trasporto di beni, i servizi di autonoleggio, il catering, i servizi riguardanti le attività del tempo libero quando il contratto preveda una data o un periodo di esecuzione specifici.

8. La natura giuridica del diritto di recesso del consumatore nei contratti a distanza.

La questione della natura del diritto di recesso del consumatore è oggetto di acceso dibattito in dottrina perché esso non corrisponde esattamente a nessuno degli istituti previsti dal nostro ordinamento ma presenta rispetto a ciascuno di essi specifiche rilevanti differenze. Tale quesito, peraltro, è strettamente connesso all'individuazione procedimento di formazione del contratto in quanto, come si vedrà, si ritiene da più parti che il contratto non possa ritenersi concluso fino allo spirare del termine per il recesso.

Ovviamente il ragionamento non può che partire da quell'istituto di diritto interno con il quale la figura in commento condivide il nome e quindi il recesso configurato dalle norme codicistiche. Il diritto di recesso nei contratti a distanza non può però essere incluso in tale categoria in quanto presenta caratteristiche e differenze peculiari. In particolare i connotati di unilateralità, discrezionalità e gratuità lo rendono insuscettibile di essere sussunto neppure all'interno di quelle ipotesi assimilate al recesso *ad nutum*. Per esempio il recesso ex art. 1671 c.c. in materia di appalto è unilaterale e discrezionale ma non è gratuito perché non esonera il committente dall'obbligo di tenere indenne l'appaltatore dalle spese sostenute, dai lavori eseguiti e dal mancato guadagno⁵⁷¹. Inoltre nelle ipotesi codicistiche di recesso *ad nutum* il contraente che si avvale di tale istituto non lo fa per rimettere in discussione il consenso già prestato ma vuole semplicemente liberarsi di un vincolo (magari dopo lungo tempo) che ha consapevolmente assunto⁵⁷². Ne consegue che, rispetto al recesso tradizionalmente

⁵⁷¹ M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016, p. 126.

⁵⁷² In tali casi il consenso originario è consapevole e scaturisce da una consapevolezza piena e ben maturata, tale da dare luogo a un contratto rispondente all'interesse del contraente (almeno in origine).

inteso, quello del codice del consumo si distingue sia per la sua *ratio*, sia per la sua disciplina⁵⁷³.

Partendo da questo problema la dottrina si è interrogata sulla categoria alla quale esso possa essere ricondotto e su quali implicazioni possa comportare ogni eventuale diversa qualificazione. Le teorie sviluppate sono molto varie ma possono essere ricondotte tendenzialmente a due filoni⁵⁷⁴: le tesi c.d. procedimentali e quelle c.d. sostanziali.

In base alle teorie procedimentali le norme che prevedono uno *ius poenitendi* per il consumatore non gli attribuirebbero un vero e proprio diritto di recesso bensì determinerebbero un diverso procedimento formativo del contratto: l'accordo si può considerare concluso solo quando scade il termine per esercitare il diritto di recesso senza che il consumatore se ne sia avvalso. Configurando così il procedimento si salvaguarda la forza del vincolo contrattuale⁵⁷⁵ in quanto non c'è un contratto che viene sciolto unilateralmente senza conseguenza ma il contratto viene ad esistere solo in un secondo tempo ed il vincolo ha tutte le caratteristiche che gli vengono tradizionalmente riconosciute. Secondo i sostenitori di questa teoria si supera in questo modo la contraddizione tra la forza di legge del contratto e l'attribuzione ad una delle parti del diritto incondizionato di pentirsi. All'interno del gruppo delle tesi c.d. procedimentali sono contenute diverse teorie e ricostruzioni. In pendenza del termine per recedere l'accordo raggiunto potrebbe essere qualificato come opzione che viene esercitata mediante il comportamento omissivo della mancata dichiarazione di recesso: il professionista è vincolato (come colui che concede l'opzione) mentre il consumatore

A.M. BENEDETTI, *La difesa del consumatore dal contratto: la natura ambigua dei recessi di pentimento*, in *Annuario del Contratto 2011*, diretto da V. Roppo e A. D'Angelo, Giappichelli, 2011, p. 8.

⁵⁷³ Si veda anche V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, 2011, p. 522.

⁵⁷⁴ Invece per A. BARENGHI (*Diritto dei consumatori*, CEDAM, 2017, p. 205) i filoni sarebbero tre: non solo la qualificazione del recesso come elemento negativo di un procedimento di formazione in esito al quale il contratto può ritenersi concluso e l'opposta qualificazione come atto che fa venire meno un contratto già perfezionato e concluso; ma anche la qualificazione come nullità pendente, trattandosi di un meccanismo preordinato ad un giudizio di valore del contratto concluso. Per quest'ultima tesi si veda F. RENDE, *Il recesso comunitario dopo l'ultima pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2009, II, p. 525: "quale meccanismo preordinato ad un giudizio di valore del contratto concluso, lo *ius poenitendi* sembra partecipare a pieno titolo a comporre il novero dei parametri utili a definire il giudizio di validità".

⁵⁷⁵ Il diritto di recesso gratuito è guardato infatti con diffidenza dalla dottrina in quanto viene considerato in contrasto con il principio *pacta sunt servanda*. A tal proposito si veda anche H. EIDENMULLER, *Why withdrawal rights?*, *European Review of Contract Law*, 2011, 1, p. 1.

mantiene la possibilità di scegliere se concludere il contratto o meno. In alternativa la fattispecie è stata assimilata alla vendita con riserva di gradimento ex art. 1520 c.c.: la compravendita, originariamente imperfetta, si consolida con il decorso del tempo nell'inerzia dell'acquirente⁵⁷⁶. Ulteriore teoria da ascrivere al novero delle tesi procedimentali è quella che assimila il procedimento a quello previsto dall'art. 1333 c.c., in base alla quale il mancato esercizio del recesso entro il termine equivale al mancato rifiuto (nella consapevolezza, evidentemente, che non si tratti di contratti con obbligazioni del solo proponente).⁵⁷⁷

Le tesi procedimentali però si scontrano con alcuni dati normativi che portano a ritenere che il contratto si sia in realtà già concluso precedentemente al decorso del termine per recedere. L'art. 52 Cod.Cons, per esempio, nel regolare il *dies a quo* del diritto di recesso fa espresso riferimento (nei contratti di servizi) al giorno della “*conclusione del contratto*”. L'art. 61 del medesimo codice sancisce l'obbligo della consegna dei beni venduti online “*entro trenta giorni dalla data di conclusione del contratto*”. L'art 55 alla lettera a) stabilisce che il recesso pone “*pone termine agli obblighi delle parti di eseguire il contratto*”. Più laconico il medesimo articolo alla lettera b) dove menziona, tra gli effetti del recesso, il fatto che esso “*pone termine agli obblighi delle parti di concludere un contratto*”: quest'ultima disposizione sembra suffragare le teorie procedimentali ma in realtà deve essere letta in relazione alla sua finalità. Come già evidenziato la disposizione in commento reagisce alla prassi, diffusa tra gli operatori

⁵⁷⁶ Sarebbe meglio parlare di vendita con riserva di non gradimento in quanto la facoltà che viene riservata al consumatore è quella di esprimere il proprio mancato gradimento mediante l'esercizio del diritto di recesso, A.M. BENEDETTI, *La difesa del consumatore dal contratto: la natura ambigua dei recessi di pentimento*, in *Annuario del Contratto 2011*, diretto da V. Roppo e A. D'Angelo, Giappichelli, 2011, p. 3. In proposito si vedano anche P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Tratt. del contratto* diretto da V. Roppo, III, *Gli effetti*, a cura di M. Costanza, Giuffrè, 2006, p. 3 e ss., nonché A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da BUSNELLI, PATTI, SCALISI e ZATTI, Giappichelli, 2002, p. 355.

⁵⁷⁷ M. FRANZONI (*Degli effetti del contratto*, Vol. 1, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, Artt. 1372-1373, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, 2013) riporta un'ulteriore tesi in base alla quale l'esercizio del recesso sarebbe paragonabile ad una revoca della proposta data eccezionalmente oltre il termine codicistico del comma secondo dell'art. 1328 c.c.. Tale impostazione è peraltro accolta da Pret. Trento, 28 aprile 1995 (pubblicata su *Foro It.*, 1996, I, c. 1885, con nota di M. CRISOSTOMO) in cui si legge: “*più che un'ipotesi di recesso in senso tradizionale una legittima facoltà di revoca della proposta contrattuale anche fuori dei limiti imposti dall'eventuale immediata accettazione di controparte.*”.

economici *online*, di artificiosamente invertire i ruoli facendo in modo che sia il consumatore a risultare come proponente⁵⁷⁸.

Le tesi sostanziali, invece, presuppongono che un contratto si sia effettivamente concluso e che esso sia destinato a perdere efficacia se il consumatore esercita il diritto di recesso. Il meccanismo in commento è quindi stato qualificato come condizione sospensiva legale consistente nel mancato esercizio del recesso⁵⁷⁹ ovvero come condizione risolutiva legale per il caso di esercizio del recesso.

Tra le varie tesi prospettate la più convincente appare quella che qualifica l'istituto in oggetto come un vero e proprio recesso, sebbene con caratteristiche che lo distinguono in maniera significativa dalla ipotesi di recesso tradizionalmente conosciute nell'ordinamento italiano⁵⁸⁰. Si tratta quindi di vero recesso sia perché lo stesso legislatore lo ha qualificato come tale (e questo dato, per quanto da solo non decisivo, non può comunque essere trascurato), sia perché in ogni caso riproduce la caratteristica fondamentale del recesso: l'avente diritto può liberarsi del rapporto contrattuale manifestando la propria volontà di avvalersi del rimedio che gli è concesso dalla legge⁵⁸¹.

In conclusione, siccome il recesso di cui si tratta non può essere qualificato come una mera variante dei recessi di pentimento previsti dal diritto comune, è preferibile identificarlo sulla base di quella caratteristica che, indiscutibilmente esso riveste, lasciando poi ad una seconda fase (successiva rispetto alla mera identificazione del *nomen* da utilizzare) l'analisi della sua disciplina: per questa ragione pare opportuno

⁵⁷⁸ Sul punto si veda A.M. BENEDETTI, voce *Recesso del consumatore*, in EDD, Annali /V, Milano, 2011, p. 967; nonché V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, 2011, p. 211; nonché A.M. BENEDETTI, *La difesa del consumatore dal contratto: la natura ambigua dei recessi di pentimento*, in *Annuario del Contratto 2011*, diretto da V. Roppo e A. D'Angelo, Giappichelli, 2011, p. 22.

⁵⁷⁹ Tale ricostruzione è stata prospettata, con riferimento al diritto di recesso nella disciplina dell'offerta al pubblico di valori mobiliari, da V. ROPPO, *Offerta al pubblico di valori mobiliari e tecniche civilistiche di protezione dei risparmiatori-investitori*, in *Giur. It.*, 1983, IV, c. 208. Si veda anche A. FUSARO, *Sulla vendita "porta a porta" (con particolare riguardo alla vendita di valori mobiliari)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 350.

⁵⁸⁰ "D'altra parte, questo rimedio opera (soprattutto) nell'ambito di un diritto secondo -quello dei consumatori- nei confronti del quale ogni valutazione di incompatibilità concettuale rispetto al diritto (primo) comune rischia di arenarsi, se condotta con approcci eccessivamente dogmatici, sugli scogli dell'inutilità." (A.M. BENEDETTI, *La difesa del consumatore dal contratto: la natura ambigua dei recessi di pentimento*, in *Annuario del Contratto 2011*, diretto da V. Roppo e A. D'Angelo, Giappichelli, 2011, p. 6).

⁵⁸¹ Ciò in coerenza con il meccanismo dei diritti potestativi tra i quali rientra il diritto di recesso.

denominarlo semplicemente come “recesso del consumatore”⁵⁸², individuando con questa espressione una specifica categoria in cui esso si iscrive distinguendosi dalle altre tipologie di recesso.

Quello che certamente rimane⁵⁸³ è che il diritto di recesso rappresenta un’eccezione rispetto alle nozioni codicistiche di accordo ed efficacia vincolante del consenso (sancite dall’art. 1372 c.c.)⁵⁸⁴ e determina quindi una parziale svalutazione del ruolo del consenso nella nostra disciplina contrattuale. L’affievolimento del principio di vincolatività avviene però a vantaggio di un consenso più informato e consapevole da parte di soggetti che altrimenti spesso esprimerebbero un consenso superficiale e (quasi) inconsapevole⁵⁸⁵.

⁵⁸² A.M. BENEDETTI, *La difesa del consumatore dal contratto: la natura ambigua dei recessi di pentimento*, in *Annuario del Contratto 2011*, diretto da V. Roppo e A. D’Angelo, Giappichelli, 2011, p. 9.

⁵⁸³ Ma probabilmente tale conseguenza rimarrebbe di fatto anche se si aderisse alle tesi procedurali.

⁵⁸⁴ Sulla forza del vincolo contrattuale si vedano per esempio: V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, 2011, p. 499; P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Tratt. del contratto* diretto da V. Roppo, III, *Gli effetti*, a cura di M. Costanza, Giuffrè, 2006, p. 3 e ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, Vol. 1, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, Artt. 1372-1373, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, 2013.

⁵⁸⁵ L. VIGNUDELLI, *Contrattazione telematica e intermediazione finanziaria*, Giappichelli, 2009, pp. 74 e ss.. Nel senso dell’utilità del recesso nei contratti a distanza ma anche della necessità di limitare l’obbligatorietà di tale diritto ai soli contratti dei consumatori si veda H. EIDENMULLER, *Why withdrawal rights?*, *European Review of Contract Law*, 2011, 1, p. 1.

CAPITOLO 10

L'ABUSO DEL DIRITTO DI RECESSO DEL CONSUMATORE

NEI CONTRATTI VIRTUALI.

1. Inquadramento della questione. 2. L'abuso del diritto in dottrina e giurisprudenza. 3. L'insindacabilità del diritto di recesso del consumatore. 4. La riforma del codice del consumo e i nuovi limiti al recesso del consumatore. 5. La configurabilità di un esercizio abusivo del diritto di recesso da parte del consumatore. 6. L'utilizzo del bene senza la "manipolazione diversa". 7. L'uso eccessivo del bene senza diminuzione di valore. 8. L'abuso del diritto di recesso anche in caso di rimborso non integrale. 9. L'abuso del diritto nel recesso "prolungato". 10. Conseguenze dell'esercizio abusivo del diritto di recesso da parte del consumatore.

1. Inquadramento della questione.

Nello studio e nell'analisi del diritto di recesso del consumatore⁵⁸⁶ si è delineato un diritto dai contorni molto ampi che presenta ben poche limitazioni al suo esercizio. Esso pone il professionista in una condizione di soggezione e potrebbe aprire alla possibilità di comportamenti abusivi da parte del consumatore.

Qualche esempio è qui utile per inquadrare il tema. Un consumatore acquista online una macchina fotografica di tipo professionale al prezzo di diverse migliaia di euro, per utilizzarla durante un viaggio di piacere. Al quattordicesimo giorno comunica al venditore la propria intenzione di recedere dal contratto e, dopo averla utilizzata per ulteriori 14 giorni, la restituisce pretendendone il rimborso⁵⁸⁷. Analogamente si pensi all'acquisto di un sofisticato drone da utilizzare per effettuare riprese aeree della propria casa e del proprio giardino con l'intenzione preconstituita di restituirlo non appena realizzato il video e scattate le immagini desiderate. O ancora all'acquisto di una preziosa opera d'arte da esibire in occasione di una festa nella propria abitazione o di un costoso gioiello da indossare ad una cena di gala.

⁵⁸⁶ Capitolo 9.

⁵⁸⁷ In modo tale da rispettare il disposto degli artt. 52 e ss. Cod.Cons. i quali richiedono che l'intenzione di avvalersi del diritto di recesso sia comunicata al professionista entro 14 giorni (dalla consegna, in caso di vendita di beni mobili) e che il consumatore abbia a disposizione ulteriori 14 giorni per provvedere alla spedizione del bene da restituire.

È possibile immaginare innumerevoli esempi tutti accomunati da un vantaggio del consumatore che gode di un bene senza pagarne alcun prezzo (o quasi), da un notevole danno per il professionista, e da un apparente rispetto della normativa sul diritto di recesso a cui corrisponde però un sostanziale utilizzo confliggente con la ratio di tale norma.

Alcuni degli esempi riportati si potrebbero scontrare -almeno in parte- con i limiti previsti dalla disciplina del codice del consumo ma, come si vedrà nel seguito, lo spazio per un utilizzo abusivo del suo diritto da parte del consumatore rimane molto ampio.

Prima di entrare nel profondo di questa problematica giuridica è opportuno definire la categoria dell'abuso del diritto, descrivendo i settori in cui ha trovato maggiore applicazione e analizzando i casi in cui la giurisprudenza ha fatto esplicitamente riferimento a questa figura.

2. L'abuso del diritto in dottrina e giurisprudenza.

L'abuso del diritto è un comportamento anormale del titolare del diritto che, eccedendo le facoltà insite nel diritto, causa (consapevolmente e dolosamente) un danno ingiusto ad altri soggetti⁵⁸⁸.

Abusare del proprio diritto non significa superarne i limiti ma esercitarlo, pur all'interno dei limiti stabiliti dal diritto stesso, in circostanze tali, per finalità tali e con risultati tali che questo comportamento danneggia in modo assurdo e irragionevole l'interesse generale o un altro interesse meritevole di tutela⁵⁸⁹. Ne consegue che potrà configurarsi un abuso del diritto con frequenza tanto maggiore quanto la norma che attribuisce il diritto sia sprovvista di limiti stringenti.

L'istituto in commento non è oggetto di specifiche norme nel codice civile⁵⁹⁰ e per questa ragione esso è da lungo tempo al centro di un acceso dibattito giurisprudenziale

⁵⁸⁸ Così definito da G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 69.

⁵⁸⁹ V. ROPPO, *Diritto privato*, III ed., Giappichelli, 2013, p. 79.

⁵⁹⁰ Una norma di carattere generale in merito era in realtà stata progettata ma poi non riprodotta: art. 7 del progetto preliminare del codice civile: "Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è conferito". Si veda in proposito S. ROMANO, *Abuso del diritto*, c) *Diritto attuale*, in *Enc. dir.*, I, Giuffrè, 1958, pp. 166 e ss. il quale osserva che "Per ciò che concerne la

che riguarda la stessa configurabilità di un utilizzo abusivo (e come tale illecito) del diritto soggettivo.

Il concetto di divieto di abuso del diritto è stato elaborato in forma moderna dalla civilistica francese di inizio '900 in riferimento a ipotesi di esercizio del diritto per la realizzazione di uno scopo diverso da quello cui esso è preordinato. La figura è stata da subito oggetto di critiche da parte dei giuristi liberali per i quali se c'è un diritto esso può essere esercitato in tutta la sua estensione⁵⁹¹.

La principale obiezione alla teoria dell'abuso del diritto è riassunta dal brocardo latino *neminem laedit qui iure suo utitur*. La stessa espressione "abuso del diritto" può apparire infatti intrinsecamente contraddittoria perché se esiste un diritto il suo utilizzo dovrebbe essere sempre lecito. Ciononostante, già nel contesto del diritto romano si era avvertita la necessità di un temperamento al valore assoluto di questo principio e, conseguentemente, si era giunti all'elaborazione della *exceptio doli*, rimedio che molto ha in comune con la più moderna teoria dell'abuso del diritto⁵⁹².

Nonostante nella maggior parte dei casi le stesse norme che attribuiscono diritti soggettivi provvedano a delimitarne gli effetti ed a circoscriverne l'ampiezza⁵⁹³, esistono ipotesi in cui le norme si prestano ad utilizzi devianti (abusivi) e gli interpreti si sono adoperati per trovare *aliunde* -ma sempre necessariamente all'interno del sistema

mancanza, nel codice, di una norma di carattere generale in merito all'abuso del diritto, rileviamo che essa ci sembra giustificata: si tratta di un problema di teoria generale la cui soluzione di principio si lascia difficilmente tradurre in termini precettivi". Nello stesso senso P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto nel quadro dei principi generali*, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. VISINTINI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 24. Si veda anche G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 70.

⁵⁹¹ V. ROPPO, *Diritto privato*, III ed., Giappichelli, 2013, p. 79; F. SCAGLIONE, *L'abuso del diritto tra buona fede in executivis e causa del contratto*, in *Nuova giur. Civ.*, 2017, 1, p. 24.

⁵⁹² F.M. GALLO, *L'abuso del diritto come strumento provvisorio di contrasto al mobbing*, in *Lavoro nella Giur.*, 2008, 3, p. 237; M. ATELLI, *Il problema della sindacabilità della decisione di esercizio dello jus poenitendi attribuito ex lege al consumatore*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2001, p. 359. In particolare in merito alle analogie e differenze tra dolo generale e abuso del diritto si veda T. DELLA MASSARA, *Dal dolo generale alle moderne teorie sull'abuso del diritto*, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. VISINTINI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 127.

⁵⁹³ L'esempio più noto ed evidente è rappresentato dal divieto di atti emulativi sancito dall'art. 833 del codice civile il quale, sebbene abbia portata circoscritta all'ambito dei diritti reali, viene sovente richiamato a sostegno delle teorie dell'abuso del diritto anche in altri settori del diritto. Vi sono poi numerose ipotesi specifiche quali quelle degli artt. 330, 1015 e 2793 c.c., nonché gli art. 1059, comma 2; art. 1993, comma 2, c.c. al quale si affiancano gli articoli 21 della legge cambiaria e 65 della Legge assegni (F.M. GALLO, *L'abuso del diritto come strumento provvisorio di contrasto al mobbing*, in *Lavoro nella Giur.*, 2008, 3, p. 237).

giuridico- le limitazioni ritenute necessarie ed opportune, trovando, in molti casi, conferme applicative in giurisprudenza⁵⁹⁴.

Nell'ambito del diritto dei contratti l'esistenza di un generale divieto di abuso del diritto viene tradizionalmente fondata nell'ordinamento italiano sulla clausola generale di buona fede (oggettiva) contenuta negli artt. 1175 e 1375 del codice civile, nonché sul principio costituzionale di solidarietà sociale ed economica (art. 2 Cost) e su quello della funzione sociale della proprietà (art. 41 Cost.).⁵⁹⁵

L'utilizzo del diritto soggettivo diviene quindi abusivo se posto in essere in contrasto con la buona fede e cioè, per esempio, quando l'esercizio del diritto non è rivolto alle finalità per le quali esso è previsto ma all'ottenimento di vantaggi differenti con contestuale ingiusto pregiudizio degli interessi di altri soggetti⁵⁹⁶. Ovviamente nell'applicare questa figura è necessaria estrema cautela in quanto essa va a comprimere un diritto che è espressamente riconosciuto dalla legge. Non è infatti remoto il rischio che si sfoci nella problematica opposta a quella che si vuole curare, ovvero nell' "abuso dell'abuso del diritto"⁵⁹⁷.

In sintesi le caratteristiche dell'abuso del diritto, in base alle ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali più accreditate, sono le seguenti⁵⁹⁸:

⁵⁹⁴ Come si vedrà in questo capitolo.

⁵⁹⁵ G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pp. 69 e ss.; F.M. GALLO, *L'abuso del diritto come strumento provvisorio di contrasto al mobbing*, in *Lavoro nella Giur.*, 2008, 3, p. 237; L. SALCIARINI, *L'abuso del diritto entra in condominio*, in *Immobili e proprietà*, 2013, 6. "L'abuso del diritto, pertanto, come espressione di una dimensione relazionale delle situazioni giuridiche, si concretizza nella violazione di una sfera giuridica altrui attraverso l'esplicazione di poteri e facoltà che sono insiti nel diritto stesso, ma per una finalità non meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico. Il giudizio di meritevolezza si risolve, dunque, in un giudizio di buona fede ispirato ai valori costituzionali" (F. SCAGLIONE, *L'abuso del diritto tra buona fede in executivis e causa del contratto*, in *Nuova giur. Civ.*, 2017, 1, p. 24).

⁵⁹⁶ A tale proposito si rinvia a G. D'AMICO (*Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, 1, 5) che riporta una interessante distinzione tra il sindacato basato sulla buona fede il quale valuta il comportamento del soggetto nell'esercizio del suo diritto e quello basato sulla tecnica dell'abuso del diritto che (oltre al comportamento) valuta lo scopo per il quale il diritto è stato esercitato: "l'applicazione della tecnica dell'abuso del diritto implica (come già visto) un controllo "causale" dell'atto di esercizio del diritto (perché mira ad evitare che quest'atto di esercizio possa ipoteticamente essere stato posto in essere per conseguire uno scopo/risultato diverso e ulteriore rispetto alle utilità che l'ordinamento garantisce al titolare della situazione giuridica attiva)"

⁵⁹⁷ L. BALESTRA, *Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 3, p. 541.

⁵⁹⁸ L. SALCIARINI, *L'abuso del diritto entra in condominio*, in *Immobili e proprietà*, 2013, 6; A. CALALUNA, *L'abuso del diritto come principio generale del nostro ordinamento*, nota a Cass. Civ., sent. 18.9.2009, n. 20106, pubblicato su *altalex.it* in data 12 gennaio 2010.

1. La titolarità di un diritto in capo ad un soggetto;
2. L'eventualità che quel diritto possa essere esercitato in una pluralità di modi diversi;
3. L'ulteriore circostanza che l'esercizio concreto del diritto, per quanto formalmente rispettoso della fonte attributiva del diritto, sia svolto con modalità censurabili rispetto ad un criterio di lealtà basato su canoni giuridici o extragiuridici;
4. La sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il corrispondente sacrificio imposto alla controparte.

Quanto poi alle conseguenze della violazione del divieto di abuso del diritto esso rileva, principalmente, sul piano del risarcimento del danno, obbligando chi ha esercitato il proprio diritto in maniera abusiva in danno di un altro soggetto a risarcirlo per le perdite patrimoniali subite; ma una violazione di questo divieto può minare anche la validità dell'atto compiuto in contrasto con esso, e quindi può comportare la invalidità della delibera dell'assemblea di società in cui si è abusato del voto di maggioranza o dell'atto arbitrario di recesso da un contratto.⁵⁹⁹

Per meglio definire ed illustrare la categoria appena delineata è opportuno soffermarsi su come questa venga in concreto applicata, a quali problematiche pratiche reagisca e a quali conseguenze conduca.

La più nota e commentata sentenza in argomento è quella pronunciata nel 2009 dalla Cassazione conosciuta come Caso Renault⁶⁰⁰. La vicenda origina dalla decisione della

⁵⁹⁹ G. VISINTINI, *L'abuso del diritto come illecito aquiliano*, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. VISINTINI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 41. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto nel quadro dei principi generali*, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. VISINTINI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 24: "L'abuso del diritto è dunque meritevole di attenzione perché non propone una gabbia di rimedi esclusiva, specifica, come avviene per l'illecito e il risarcimento del danno, che si articola come è noto in una varietà di formule, ma è pur sempre ispirato al principio della riparazione pecuniaria".

⁶⁰⁰ Cass. civ. Sez. III Sent., 18 settembre 2009, n. 20106 *Corriere Giur.*, 2011, 1, 109 con nota di M. CENINI e A. GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, su *altalex.it* in data 12 gennaio 2010 con nota di A. CALALUNA, *L'abuso del diritto come principio generale del nostro ordinamento; su Giur. It.*, 2010, 556 con note di P. MONTELEONE, *Clausola di recesso ad nutum dal contratto e abuso del diritto* e F. SCAGLIONE, *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica; su Danno e Resp.*, 2010, 4, 347 con nota di A. MASTRORILLI, *L'abuso del diritto e il terzo contratto; su Riv. Dir. Civ.*, 2010, 2, 20147, con nota di M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*; su *Contratti*, 2010, 1, 5, con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*; nonché su *Foro It.*, 2010, 1, 1, 85 con note di PALMIERI e PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Resp. civ.*, 2010, p. 354

casa automobilistica francese di recedere dai contratti in essere con tutti i circa 200 concessionari diffusi sul territorio nazionale con i quali aveva in essere una relazione contrattuale con la facoltà, pacifica, di recederne *ad nutum*. La finalità dichiarata da Renault al momento del recesso era una ristrutturazione della propria rete di vendita ma in realtà lo scopo celato (in base alla ricostruzione dei concessionari) era di ridurre il numero dei propri dipendenti: la società avrebbe così interrotto il rapporto di lavoro con i dirigenti e li avrebbe compensati riconoscendo loro le concessioni di vendita appena revocate ai precedenti concessionari⁶⁰¹. La Corte ha accertato l'abusività di un siffatto comportamento e ha riconosciuto al giudice di rinvio la facoltà di sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto, o, in alternativa, di condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto a risarcire i danni cagionati alla controparte contrattuale.

Quella appena descritta non è l'unica applicazione del divieto di abuso del diritto da parte della giurisprudenza recente⁶⁰².

Sempre in tema di recesso *ad nutum* viene frequentemente lamentato l'abuso del diritto quando la banca interrompe bruscamente il rapporto di apertura di credito in conto corrente. La Cassazione ha affermato che, in applicazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, è necessario accertare che il recesso non sia esercitato con modalità imprevedute ed arbitrarie ed ha confermato la necessità di verificare che detto esercizio non contrasti con la ragionevole aspettativa della controparte⁶⁰³.

ss., con nota di A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*; in *G. comm.*, 2011, II, p. 286, con nota di E. BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*.

⁶⁰¹ F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, su *Contr. e Impr.*, 2011, ripubblicato in *L'abuso del diritto*, a cura di G. VISINTINI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 31.

⁶⁰² Nonostante sia la più nota applicazione: "Con la notissima Cassazione, 18.9.2009, n. 20106, l'abuso del diritto ha fatto il suo ingresso ufficiale nel diritto vivente dei contratti (anche se negli anni immediatamente precedenti, non erano mancate decisioni, per quanto più settoriali, che avevano già iniziato a farne applicazione)" (A.M. BENEDETTI, *L'abuso dei (e nei) rimedi contrattuali*, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. VISINTINI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 83).

⁶⁰³ Cass., 24 agosto 2016, n. 17291, pubblicata su *Nuova Giur. Civ.*, 2017, 1, 24, con nota di F. SCAGLIONE, *L'abuso del diritto tra buona fede in executivis e causa del contratto*. Ma già in precedenza la Cassazione si era pronunciata a proposito del recesso *ad nutum* della banca: Cass. civ., 21 maggio 1997, n. 4538, pubblicata su *Giust. Civ.*, 1998, I, 507 con nota di COSTANZA, *Nota in tema di recesso della banca dal contratto di apertura di credito*; Cass. Civ., 22 novembre 2000, n. 15066, pubblicata su *Contratti*, 2001, 8-9, 791 con nota di M.M. GAETA, *Comportamenti contrari alla buona fede oggettiva e risarcimento del danno*.

In un'altra sentenza la Cassazione ha ravvisato un'ipotesi di abuso del diritto da parte di un locatore di immobile ad uso alberghiero che aveva domandato la risoluzione del contratto. In tale fattispecie il proprietario lamentava il mancato pagamento dei canoni mentre il conduttore eccepiva il maggior credito derivante dall'esecuzione di opere edili nell'immobile stesso. Il locatore, facendo valere l'inadempimento del conduttore, chiese la risoluzione del contratto nonostante egli fosse contestualmente debitore nei confronti dello stesso conduttore per i lavori eseguiti nell'immobile. La formale liceità della pretesa del locatore era fondata sul mancato accertamento giudiziale definitivo del debito per i lavori (il giudizio pendeva in Cassazione) e sul fatto che tale debito derivasse da un accordo distinto rispetto al rapporto locativo. Ciononostante la Corte ha ritenuto abusiva la richiesta di risoluzione avanzata del locatore perché egli, consapevole della debenza da parte sua del controcredito, non avrebbe dovuto avvalersi del rimedio della risoluzione contrattuale ma avrebbe dovuto limitarsi a trattenere le somme da lui dovute ed imputarle al pagamento dei canoni. La Suprema Corte conclude affermando che tale circostanza incide sulla gravità dell'inadempimento rendendolo di lieve importanza e comportando l'infondatezza (abusività) della domanda risolutoria⁶⁰⁴. Sempre in tema di risoluzione del contratto la Cassazione ha applicato il principio di buona fede al comportamento del creditore insoddisfatto che intende avvalersi della clausola risolutiva espressa. L'inadempimento del debitore deve essere valutato secondo correttezza e quindi anche un comportamento formalmente idoneo a determinare l'attivazione della clausola risolutiva può essere considerato conforme al criterio di buona fede. In tal caso quindi la clausola non può essere lecitamente invocata per domandare la risoluzione del contratto in quanto tale comportamento costituirebbe un abuso del diritto⁶⁰⁵.

⁶⁰⁴ Cass. civ. Sez. III, 31 maggio 2010, n. 13208 pubblicata su *Giur. It.*, 2011, 4, 794 con nota di P. RESCIGNO, *Un nuovo caso di abuso del diritto*.

⁶⁰⁵ Cass. civ., 23 novembre 2015, n. 23868, pubblicata su *Giur. It.*, 2016, 11, 2364, con note di D. ACHILLE, *Clausola risolutiva espressa - clausola risolutiva espressa, buona fede in executivis e controllo giudiziale sull'inadempimento* e di I. PEPE, *Clausola risolutiva espressa - le clausole risolutive espresse alla prova della buona fede*; nonché su *Nuova Giur. Civ.*, 2016, 4, p. 513, con nota di S. NOBILE DE SANTIS, *Contratto in genere - «sul ruolo della buona fede oggettiva in presenza di una clausola risolutiva espressa»*.

Le fattispecie nelle quali la Cassazione ha individuato un esercizio abusivo del diritto in materia contrattuale sono molteplici e quelli qui esposti non rappresentano a che i casi più conosciuti ed eclatanti⁶⁰⁶.

Anche in ambito processuale il principio ha trovato applicazione. Ci si riferisce al caso del frazionamento del credito: un'ipotesi di abuso del diritto riconosciuta già da tempo che consiste nel divieto per il creditore di azionare il proprio credito in maniera frazionata abusando della propria pretesa esecutiva in danno della controparte. Se il rapporto di credito è unitario la scelta di eseguirlo con plurime azioni deve infatti ritenersi emulativa e come tale abusiva e vietata⁶⁰⁷.

La categoria in commento ha trovato frequentemente applicazione anche in altre branche del diritto ed in particolare in ambito fiscale. Prima che venisse introdotto l'art. 10 bis dello statuto del contribuente⁶⁰⁸, la normativa fiscale italiana non era provvista di una disposizione idonea a contrastare in via generalizzata l'utilizzo abusivo delle norme tributarie finalizzato all'elusione fiscale. Gli interpreti dunque, per punire comportamenti elusivi non altrimenti sanzionati, facevano sovente riferimento alla figura dell'abuso del diritto⁶⁰⁹.

⁶⁰⁶ Per ulteriori esempi si rinvia a quelli raccolti da F. GALGANO (*Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, su *Contr. e Impr.*, 2011, ripubblicato in *L'abuso del diritto*, a cura di G. VISINTINI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 32) il recesso dal contratto di fornitura (Cass. Civ., 16 ottobre 2003, n. 15482), l'abuso del diritto di voto del socio di società di capitali (Cass. Civ., 26 ottobre 1995, n. 11151), l'abuso del diritto di chiedere il fallimento del proprio debitore (Cass. Civ., 19 settembre 2000, n. 12405); nonché a quelli citati da R. PARDOLESI (*Nuovi abusi contrattuali: tipici e atipici*, in *Danno e resp.*, 2017, 2, p. 137) ovvero l'abuso consistente nell'ipoteca giudiziale iscritta oltre il valore della cautela (Cass. Civ., 5 aprile 2016, n. 6533, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1183, con nota di V. BELLOMIA, *Nuove prospettive in tema di ipoteca giudiziale eccessiva e responsabilità aggravata del credito*), l'abuso nel contratto di sale and lease back come alienazione a scopo di garanzia (Cass. Civ., 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Corr. giur.*, 2016, 486, con nota di F. SCARDINO, *Il contratto di sale and lease back tra causa in concreto e cautela marciana*), o il conferimento di fondo in una società per eludere la prelazione agraria (Cass. Civ., 11 aprile 2016, n. 6971).

⁶⁰⁷ Cass. civ. Sez. Unite Sent., 15 novembre 2007, n. 23726 pubblicata su *Corriere Giur.*, 2008, 6, 745 con nota di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (una significativa rimeditazione delle sezioni unite)*.

⁶⁰⁸ Il D.Lgs. 5 agosto 2015, n. 128 (in G.U. 18/08/2015, n.190) ha introdotto all'art. 10 bis dello Statuto del contribuente la c.d. norma generale antielusiva rubricata "*Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale*".

⁶⁰⁹ Si vedano in proposito, tra i moltissimi contributi disponibili: F. RAPISARDA, *Divieto di abuso del diritto per fronteggiare le "frodi carosello"*, in *Fisco*, 2015, 5, 469; nonché G. FRANSONI, *Appunti su abuso di diritto e "valide ragioni economiche"*, in *Rass. Tributaria*, 2010, 4, 932; nonché C. SICILIOTTI, *Breve il passo dall'abuso di diritto alla nullificazione del diritto*, in *Fisco*, 2009, 18 - parte 1, 2842; nonché M. LEO, *Abuso del diritto e interventi legislativi possibili*, in *Fisco*, 2009, 18 - parte 1, 2839; nonché A. GIOVANNINI, *Il divieto d'abuso del diritto in ambito tributario come principio generale dell'ordinamento*, in *Rass. Tributaria*, 2010, 4, 982; nonché i contributi raccolti in *L'abuso del diritto*, a

3. L'insindacabilità del diritto di recesso del consumatore.

Per ragionare su un possibile utilizzo formalmente lecito ma sostanzialmente abusivo del recesso è necessario verificare quali siano i confini posti dalla legge per il diritto stesso. Perché se ci sono dei limiti stringenti previsti dalla norma è più difficile ipotizzare un abuso, viceversa se la norma lascia ampio margine di manovra al titolare del diritto può diventare attuale il rischio di un esercizio contrario a buona fede e dannoso⁶¹⁰.

Ragionando sul diritto di recesso del consumatore è quindi opportuno in primo luogo ricordarne i limiti, e, in particolare, verificare se sia in qualche modo sindacabile la scelta di recedere.

Il consumatore ha diritto di recedere dal contratto telematico entro 14 giorni senza dovere fornire alcuna motivazione⁶¹¹. Si tratta quindi di un diritto assolutamente discrezionale. Prima della novella del 2014 la formulazione della disposizione normativa sul recesso era parzialmente diversa e permetteva di recedere “*senza specificarne il motivo*”⁶¹². Tale espressione, meno decisa rispetto a quella ora vigente, aveva portato alcuni interpreti a considerare in qualche misura sindacabile la scelta del consumatore in quanto si riteneva irrilevante non il motivo ma solamente la sua esternazione. In altre parole il consumatore non era tenuto a dire quale fosse la ragione del recesso ma una ragione obiettiva doveva esserci e come tale poteva forse essere messa in discussione⁶¹³. Tale interpretazione sembra oggi superata dalla nuova formulazione della norma dalla quale si ricava con maggiore chiarezza che la legge non

cura di G. VISINTINI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, e precisamente F. GALLO, *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, G. CORASANITI, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, e C. CORRADO OLIVA, *L'abuso del diritto in ambito tributario tra onere di allegazione e onere della prova*.

⁶¹⁰ “È chiaro che in problema di abuso del diritto può porsi con frequenza, se le norme pongono pochi limiti ai diritti soggettivi; si pone molto meno quando le norme prevedono limiti numerosi e severi ai diritti soggettivi, perché allora un comportamento antisociale del titolare del diritto si potrà considerare facilmente un vero e proprio superamento dei limiti di questo, senza bisogno di scomodare la categoria dell'abuso” (V. ROPPO, *Diritto privato*, III ed., Giappichelli, 2013, p. 79).

⁶¹¹ Art. 52 Cod.Cons. modificato dalla novella del 2014.

⁶¹² Art. 64 Cod.Cons. nella versione precedente alla riforma del 2014.

⁶¹³ M. ATELLI, *Il problema della sindacabilità della decisione di esercizio dello jus poenitendi attribuito ex lege al consumatore*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2001, p. 359.

richiede l'esistenza né di una giusta causa né di un giustificato motivo⁶¹⁴. Tale interpretazione è d'altronde perfettamente coerente con la *ratio* della norma che ha lo scopo di attribuire un diritto potestativo in capo al consumatore per tutelarlo come parte debole del rapporto contrattuale⁶¹⁵.

È comunque evidente che insindacabilità non significa facoltà di abusare del proprio diritto in danno della controparte. Non può essere sindacato il motivo di recesso ma può essere censurata la malafede nell'esercizio del diritto. L'insindacabilità non esclude un utilizzo abusivo ma anzi ne costituisce il presupposto perché rende apparentemente lecito un comportamento che in realtà potrebbe essere meritevole di biasimo.

4. La riforma del codice del consumo e i nuovi limiti al recesso del consumatore.

La riforma del 2014 ha modificato in modo sostanziale i limiti all'esercizio del recesso. Nella formulazione previgente la norma richiedeva la sostanziale integrità del bene da restituire come condizione essenziale per esercitare il diritto di recesso⁶¹⁶. Conseguentemente, se il bene non era "sostanzialmente integro"⁶¹⁷ il consumatore non aveva il diritto di recedere dal contratto. Viceversa la normativa attuale non prevede un tale limite all'esercizio del recesso: il consumatore potrà in ogni caso recedere entro i limiti temporali previsti. L'eventuale riduzione di valore del bene va infatti ora ad incidere esclusivamente sull'entità del rimborso spettante al consumatore e non sulla facoltà di esercitare il diritto⁶¹⁸.

Nei contratti telematici aventi ad oggetto la compravendita di beni mobili, è previsto che, in caso di recesso, il consumatore abbia diritto al rimborso integrale del prezzo pagato ma egli risponderà della eventuale diminuzione di valore derivante da una

⁶¹⁴ M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016, p. 113.

⁶¹⁵ In riferimento alla debolezza del cyberconsumatore e alle ragioni della sua tutela si veda il capitolo 3, paragrafo 3, nonché il precedente paragrafo 1 di questo capitolo.

⁶¹⁶ Art. 67, comma 2, Cod.Cons. vigente fino al 12 giugno 2014: *Per i contratti riguardanti la vendita di beni, qualora vi sia stata la consegna della merce, la sostanziale integrità del bene da restituire è condizione essenziale per l'esercizio del diritto di recesso. È comunque sufficiente che il bene sia restituito in normale stato di conservazione, in quanto sia stato custodito ed eventualmente adoperato con l'uso della normale diligenza.*

⁶¹⁷ Non è questa la sede per approfondire il significato di tale espressione essendo qui rilevante esclusivamente la conseguenza del mancato verificarsi del requisito.

⁶¹⁸ M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016, p. 116.

manipolazione del bene diversa da quella necessaria per stabilirne la natura, le caratteristiche e il funzionamento perché il diritto di recesso è previsto per permettere al consumatore di valutare i beni nel modo in cui lo avrebbe potuto fare in un negozio fisico⁶¹⁹.

Per negare al consumatore il pieno rimborso è quindi necessaria una duplice circostanza: (i) che egli abbia attuato una manipolazione del bene eccessiva e (ii) che da tale manipolazione sia derivata una diminuzione del valore del bene.

L'efficacia del limite appena menzionato è ulteriormente ridotta in mancanza di adeguata informativa da parte del professionista: se il consumatore non viene informato sul proprio diritto di recesso, infatti, egli mantiene il diritto di recedere per 12 mesi ottenendo un rimborso pieno anche in caso di riduzione del valore del bene restituito⁶²⁰.

5. La configurabilità di un esercizio abusivo del diritto di recesso da parte del consumatore.

Il diritto di recesso del consumatore conosce quindi alcuni limiti previsti dal legislatore ma nonostante ciò la parte debole gode di una discrezionalità estrema nell'esercizio del diritto; sono quindi molteplici le ipotesi in cui si può immaginare un abuso da parte del consumatore che, dopo avere ordinato un bene online, decide poi di recedere con modalità concretamente idonee a procurargli un indebito vantaggio a danno del professionista⁶²¹.

⁶¹⁹ Art. 57, comma 2, Cod.Cons. vigente. La disposizione si spiega meglio con la lettura del considerando 47 della direttiva europea (2011/83/UE) che ha dato origine alla riforma del 2014: *“Alcuni consumatori esercitano il proprio diritto di recesso dopo aver utilizzato i beni oltre quanto necessario per stabilirne la natura, le caratteristiche e il funzionamento. In tal caso il consumatore non dovrebbe perdere il diritto di recesso, ma dovrebbe essere responsabile della diminuzione del valore dei beni. Per stabilire la natura, le caratteristiche e il funzionamento dei beni il consumatore dovrebbe solo manipolarli e ispezionarli nello stesso modo in cui gli sarebbe consentito farlo in un negozio. Ad esempio, il consumatore dovrebbe solo provare un indumento, senza poterlo indossare. Di conseguenza, durante il periodo di recesso il consumatore dovrebbe manipolare e ispezionare i beni con la dovuta diligenza. Gli obblighi del consumatore in caso di recesso non dovrebbero scoraggiare il consumatore dall'esercitare il proprio diritto di recesso.”*

⁶²⁰ *“Il consumatore non è in alcun caso responsabile per la diminuzione del valore dei beni se il professionista ha omesso di informare il consumatore del suo diritto di recesso a norma dell'articolo 49, comma 1, lettera h).”* (Art. 57, comma 2, Cod.Cons.)

⁶²¹ Tali ipotesi saranno indagate specificamente nei prossimi paragrafi.

Ovviamente ogni valutazione, sia in astratto sia in concreto, non può prescindere dalla considerazione della *ratio* della norma che attribuisce il diritto di recesso: l'estrema discrezionalità (insindacabilità) serve a fare riconquistare al consumatore una parte di quella libertà che gli è stata sottratta dalla tecnica formativa utilizzata, caratterizzata sull'asimmetria informativa e conoscitiva, dall'impossibilità di osservare il bene prima dell'acquisto, nonché dalla predisposizione unilaterale sia contenutistica sia formale⁶²². Per questa ragione il controllo di buona fede non può rivolgersi alla valutazione dei motivi che hanno spinto al recesso⁶²³.

Ove però il comportamento complessivo del consumatore sia evidentemente in contrasto con il canone di buona fede e correttezza allora sarà d'obbligo per l'interprete fare in modo che la controparte contrattuale non risulti danneggiata da tale slealtà. Non il motivo di recesso, quindi, ma il comportamento del consumatore durante l'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) potrà essere messo in discussione⁶²⁴.

L'abuso del diritto può essere realizzato da un consumatore che cerca di lucrare vantaggi diversi e ulteriori rispetto a quelli che il rimedio del recesso era finalizzato a garantire⁶²⁵. Le modalità in cui il consumatore può approfittare del diritto di recesso, pur facendone un uso formalmente lecito, sono svariate e le successive pagine saranno dedicate ad alcuni esempi di abuso del diritto di recesso che, per quanto frutto di immaginazione, sono sicuramente realistici.

6. L'utilizzo del bene senza la “manipolazione diversa”.

Come visto, affinché il consumatore possa essere chiamato a rispondere della diminuzione del valore del bene restituito è necessario che vi sia una “manipolazione diversa” da quella necessaria per valutarne le caratteristiche. Tale requisito è meglio

⁶²² “La discrezionalità (meglio: l'arbitrarietà) trova linfa e senso nella finalità protettiva, legislativamente assunta ad interesse generale, che nasce dalle pecche di un procedimento “aggressivo” di acquisizione del consenso (e formazione del contratto)” (A.M. BENEDETTI, voce *Recesso del consumatore*, in EDD, Annali /V, Milano, 2011, p. 976).

⁶²³ Come visto, la scelta è di per sé insindacabile.

⁶²⁴ M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016, p. 117; A.M. BENEDETTI, voce *Recesso del consumatore*, in EDD, Annali /V, Milano, 2011, p. 977.

⁶²⁵ A.M. BENEDETTI, *L'abuso dei (e nei) rimedi contrattuali*, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. VISINTINI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 90.

definito dal considerando n. 47 della direttiva europea che ha dato origine alla norma⁶²⁶ ove si precisa che per stabilirne la natura e le caratteristiche il consumatore dovrebbe manipolare i beni nello stesso modo in cui gli sarebbe consentito farlo in un negozio. Un utilizzo che vada oltre questo parametro deve quindi considerarsi eccessivo e tale da ridurre l'entità del rimborso in proporzione alla diminuzione di valore del bene⁶²⁷.

La diminuzione di valore non dovrebbe necessariamente corrispondere ad una usura evidente del bene ma probabilmente si potrebbe ravvisare anche nel semplice fatto che il bene restituito non possa più dirsi nuovo, perché, per esempio, ne è stato rotto l'involucro o sono stati rimossi i sigilli o ne è stato altrimenti reso evidente il previo utilizzo. Il consumatore sarà quindi chiamato a rispondere di tale diminuzione di valore. E così per esempio se si acquista una macchina fotografica e la si utilizza durante una vacanza per poi restituirla si assisterà ad un utilizzo eccessivo (accertabile dal punto di vista probatorio dal fatto che, generalmente, le macchine fotografiche tengono traccia del numero di foto scattate) e una diminuzione di valore (la macchina non è più nuova) tali da comportare la riduzione del rimborso dovuto al consumatore. Il discorso però cambia se il consumatore ordina la macchina fotografica (o anche più macchine fotografiche) al solo fine di provarne l'impugnatura e l'ergonomia (come avrebbe fatto in un negozio) e nel fare ciò rimuove i sigilli rendendo impossibile ricommercializzare i beni come nuovi una volta restituiti. In quel caso si potrebbe, a ragione, sostenere che non ci sia stata una "*manipolazione diversa*" e che quindi il consumatore non debba rispondere della diminuzione di valore nonostante essa ci sia effettivamente stata. Chiaramente ove tale condotta sia posta in essere una sola volta sarà difficile

⁶²⁶ Direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, Sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio. Tale direttiva è stata recepita nell'ordinamento italiano mediante la modifica del codice del consumo attuata con il Decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21, Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE.

⁶²⁷ Si tralasciano in questa sede (in quanto esulano dal presente ragionamento) le riflessioni in merito alle enormi difficoltà probatorie per il professionista nel dimostrare l'utilizzo del bene da parte del consumatore. Trovandosi il bene nella sfera di controllo esclusiva del consumatore ci si può domandare come possa il venditore dimostrare che il consumatore ha fatto un uso eccessivo del bene e non si è limitato a manipolarlo come se si fosse trovato in un negozio. Nell'esempio che segue, per semplicità, si farà riferimento ad una macchina fotografica che tiene traccia del numero di fotografie scattate ma nella maggior parte dei casi il problema probatorio può acquisire rilevanza preponderante.

configurare un abuso del diritto ma se il consumatore ordinasse dieci macchine fotografiche per provarle al fine di sceglierne una sola da tenere, restituendo le altre allora forse potrebbero sussistere gli estremi per una responsabilità per violazione del canone di buona fede.

7. L'uso eccessivo del bene senza diminuzione di valore.

È poi possibile che il consumatore, pur facendo un uso eccessivo (“manipolazione diversa”) del bene, non cagioni una diminuzione di valore dello stesso. Si pensi per esempio all’acquisto di una lampada di design che viene utilizzata per 28 giorni⁶²⁸ ininterrottamente ma senza riduzione di valore e poi restituita al venditore, magari per acquistarne un’altra sempre al fine di utilizzarla qualche tempo e poi restituirla. Lo stesso potrebbe farsi con molti altri beni tra cui anche opere d’arte di alto valore; l’opera d’arte antica, infatti, difficilmente perderà valore per il fatto di essere stata utilizzata dal consumatore esponendola nella propria abitazione. Un tale comportamento è formalmente rispettoso della norma: il consumatore recede ottenendo un rimborso completo perché non si è assistito ad alcuna diminuzione del valore del bene. Egli però ottiene così un indebito vantaggio: gode di un bene senza pagarne il prezzo (ad eccezione, eventualmente, del costo della spedizione del reso). Potrebbe peraltro trattarsi di un vantaggio economicamente rilevante, basti pensare al fatto che sono diffusi i servizi di noleggio di opere d’arte e che chi ne fa uso paga evidentemente un prezzo elevato per il servizio; mentre, nel nostro esempio, il consumatore ottiene il medesimo beneficio avendo a disposizione il pezzo per un periodo (fino a 28 giorni) senza sborsare alcunché. Dall’altro lato è evidente anche il danno per il professionista che deve sostenere i costi (ed i rischi) della fornitura e spedizione del bene, della gestione del pagamento, del reso e del rimborso, oltre ai costi di marketing e, soprattutto, al danno collegato alla mancata disponibilità del bene.

Anche in questo caso emerge la necessità di porre un limite a tale comportamento valutando se la condotta del consumatore sia contraria alla buona fede e, quindi,

⁶²⁸ Il consumatore dopo 14 giorni dichiara la propria intenzione di recedere e dopo altri 14 giorni provvede alla restituzione del bene.

applicando la figura dell'abuso del diritto perché la limitazione individuata dal menzionato art. 57 comma 2, Cod.Cons. non è idonea a tutelare gli interessi del professionista-venditore.

8. L'abuso del diritto di recesso anche in caso di rimborso non integrale.

Si è visto che se il consumatore fa un uso diverso del bene rispetto a quello necessario a valutarne le caratteristiche egli deve rispondere della diminuzione di valore. Ciononostante anche in caso di applicazione di tale responsabilità (che si traduce in un rimborso non integrale del prezzo) potrebbe sussistere un danno ingiusto per il professionista.

È vero che il professionista non patisce il danno collegato alla riduzione di valore del bene (perché di questo risponde il consumatore), però egli è potenzialmente sottoposto a notevoli perdite economiche. In primo luogo avrà svolto un'attività commerciale, con investimento di tempo e risorse e con assunzione di rischi senza ottenerne alcun guadagno; inoltre avrà sostenuto i costi logistici per la spedizione del bene, per l'elaborazione delle transazioni economiche, per la coordinazione della restituzione del bene e per la gestione del bene una volta restituito; inoltre egli si troverà con un bene usato mentre magari (anzi, probabilmente) la sua attività è rivolta alla vendita di beni nuovi e quindi non sarà in grado di recuperare il valore residuo del bene o dovrà sostenere costi sproporzionati per farlo.

In tal caso quindi, nonostante la piena operatività del limite di cui all'art 57, comma 2, Cod. Cons., potrebbe individuarsi lo spazio per applicare la figura dell'abuso del diritto: se tutta l'operazione è stata posta in essere dal consumatore in malafede con la finalità di godere del bene per un certo periodo sostenendo solo il costo legato alla riduzione di valore dello stesso (che potrebbe essere minimo), allora tale comportamento potrebbe essere considerato abusivo e, per quanto formalmente lecito, essere comunque meritevole di censura alla luce del menzionato principio di correttezza nell'esecuzione del contratto.

9. L'abuso del diritto nel recesso "prolungato".

L'art. 57 del codice del consumo stabilisce, al comma 2, che il consumatore non è in ogni caso responsabile per la diminuzione del valore dei beni se il professionista ha ommesso di informarlo sul suo diritto di recesso⁶²⁹. In caso di mancata informazione, quindi, il consumatore gode del termine prolungato (fino ad un anno e 14 giorni) per recedere dal contratto senza alcun costo, ovvero senza neppure essere responsabile della diminuzione di valore del bene dovuta all'uso che ne ha fatto *medio tempore*. La *ratio* di tale esenzione da responsabilità è evidente: il consumatore non sa di potere recedere e quindi usa il bene come se fosse obbligato a tenerlo⁶³⁰. Al tempo stesso la finalità della norma è sanzionare il professionista (ponendo a suo carico tale onere) che illecitamente omette l'informativa in modo tale da fornire maggiore efficacia alla disposizione che tale obbligo formativo impone.

Tale norma, di ulteriore favore per il consumatore, espone però il professionista a comportamenti scorretti e abusivi da parte di quest'ultimo. Il consumatore potrebbe essere ben consapevole dei propri diritti ed approfittare della lacuna informativa per ottenere la possibilità di utilizzare il bene per un anno e poi recedere riscuotendo un rimborso integrale. Tale comportamento sarebbe formalmente lecito: la legge non richiede che il consumatore ignori il proprio diritto ma solo che il professionista abbia ommesso di informarlo; la norma, inoltre, non fa decorrere il termine di 14 giorni dal momento in cui il consumatore viene a conoscenza del proprio diritto, ma solo da quando il professionista eventualmente fornisce l'informativa tardiva. Ecco quindi che la disposizione normativa crea terreno fertile per un comportamento del consumatore scorretto ed abusivo.

⁶²⁹ L'obbligo di informazione sul diritto di recesso nei contratti a distanza è sancito dall'art. 49, comma 1, lett. H) Cond.Cons.

⁶³⁰ S. PAGLIANTINI, *La forma informativa nei c.d. scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore (a proposito di C giust. CE, 3 settembre 2009, C-489/07)*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di PAGLIANTINI, Giappichelli, 2010, 176. Si veda A.M. BENEDETTI, voce «Recesso del consumatore», in *Enc. del dir., Annali IV*, Giuffrè, 2011, 977: "se il consumatore non era stato informato sul recesso può ritenersi non scorretto l'uso anche intensivo ch'egli abbia fatto del bene durante il termine (lungo) per recedere, giacché egli non sapeva, per colpa del professionista inadempiente ai suoi obblighi, che il contratto poteva essere risolto facilmente e che il bene avrebbe poi dovuto essere restituito a controparte. Se l'avesse saputo, può presumersi ch'egli avrebbe usato il bene in modo diverso, o non l'avrebbe usato per niente".

A differenza dei casi ipotizzati in precedenza qui si ravvisa un'iniziale illiceità nel comportamento del professionista (che viola gli obblighi informativi), ma se questo presupposto è idoneo a giustificare una maggiore tutela per il consumatore non è invece accettabile che quest'ultimo ne approfitti per trarne un indebito vantaggio contrastante con le finalità della norma⁶³¹.

Una simile ipotesi è stata oggetto di rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea: il consumatore aveva esercitato il diritto di recesso dopo sette mesi dalla conclusione di un contratto telematico di acquisto di un computer ed aveva chiesto il rimborso integrale; il venditore invece pretendeva gli fosse riconosciuta un'indennità per l'utilizzo che l'acquirente aveva fatto del bene. La Corte si pronunciò stabilendo che il diritto dell'Unione Europea impedisce che una legge interna ponga a carico del consumatore recedente un'indennità tale da minare l'effettività del diritto dell'unione europea⁶³²; ma la normativa europea non osta a che venga imposto il pagamento di una somma per l'uso del bene nel caso in cui il recesso sia stato esercitato in modo incompatibile con i principi del diritto civile quali la buona fede e l'arricchimento senza giusta causa⁶³³. Tale sentenza rappresenta quindi un'autorevole conferma dell'opportunità di applicare alla valutazione del diritto di recesso del consumatore il principio di buona fede e quindi la figura dell'abuso del diritto.

In questa interessante pronuncia la Corte Europea ha quindi messo parzialmente in discussione i dogmi della insindacabilità e gratuità del diritto di recesso. Tuttavia, il legislatore europeo, con la direttiva 83/2011/CE, non ha dato attuazione a tale orientamento ma ha posto il consumatore al riparo da ogni possibile pretesa del professionista nel caso in cui quest'ultimo sia inadempiente all'obbligo informativo. Tale scelta appare giustificata per il fatto che è il professionista ad essere in prima

⁶³¹ La finalità della norma è tutelare il consumatore che non conosca il proprio diritto, non permettere al consumatore astuto e informato (*aliunde*) di ottenere vantaggi indebiti.

⁶³² Nel caso oggetto della sentenza il venditore aveva chiesto un'indennità di importo addirittura superiore al costo di acquisto del bene.

⁶³³ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 3 settembre 2009, nella causa C-489/20017. Per un commento più esteso della decisione si rinvia a S. PAGLIANTINI, *La forma informativa nei c.d. scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore (a proposito di C giust. CE, 3 settembre 2009, C-489/07)*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di PAGLIANTINI, Giappichelli, 2010, 176

battuta inadempiente (rispetto agli obblighi informativi) ed è quindi ingiusto che le conseguenze di tale inadempienza debbano ricadere sul consumatore⁶³⁴.

Quanto detto, evidentemente, rimane valido fino a che non sia ravvisabile un comportamento del consumatore contrario alla buona fede. Il consumatore contravverrà al divieto di abuso del diritto quando, essendo perfettamente consapevole del proprio diritto di recedere e del termine prolungato derivante dalla mancata formale informativa, acquisti il bene allo scopo di goderne per il maggior tempo possibile e di restituirlo⁶³⁵ domandando il rimborso integrale del prezzo pagato. Ovviamente ogni decisione in merito dovrà essere fondata sul corretto bilanciamento degli interessi in gioco ma non si dubita che, quantomeno in situazioni estreme, sia giusto e doveroso applicare la clausola generale in commento al fine di contrastare un comportamento scorretto da parte del consumatore⁶³⁶.

⁶³⁴ “A dispetto di tale rilievo, la soluzione della direttiva pare condivisibile, ove si consideri che l'utilizzo (prolungato) del prodotto costituisce una conseguenza del mancato assolvimento dei doveri di trasparenza posti a carico del professionista. Posto, infatti, che lo slittamento del cooling off period è causalmente riconducibile ad un'omissione informativa, non si comprendono le motivazioni per cui i "costi" di tale inadempimento dovrebbero essere addebitati ad un soggetto che ha agito come se l'affare concluso non fosse soggetto ad alcun ripensamento” (E. BACCIARDI, *Il nuovo statuto del diritto di ripensamento tra efficienza del mercato e razionalità (limitata) dei consumatori*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, 3, p. 415).

⁶³⁵ Il bene acquisito potrebbe essere gravemente usurato o addirittura danneggiato o inservibile senza che per questo, dal punto di vista formale, al consumatore possa essere negato il rimborso integrale del prezzo pagato.

⁶³⁶ “Segnatamente, il ripensamento potrà essere assoggettato ad una valutazione che ne escluda il carattere emulativo, avuto riguardo al duplice piano degli interessi in gioco e del quomodo dell'esercizio del diritto, alla stregua del canone di cui all'art. 1375 cod. civ. In questa prospettiva, diviene confutabile l'assunto per cui il consumatore che receda dopo aver utilizzato intensamente il bene integra, ipso facto, gli estremi di un abuso del diritto; il giudizio *ex fide bona* non si limita, infatti, a fotografare aprioristicamente un comportamento - nella specie costituito dalla sequenza acquisto - uso prolungato - ripensamento - ed elevarlo a fattispecie paradigmatica di recesso illecito, consentendo altresì di plasmare l'esegesi dell'interprete sulle concrete modalità di esperimento del rimedio. La struttura e le finalità dello *ius poenitendi*, del resto, rendono "tollerabile" il sacrificio dell'interesse del professionista che ometta di comunicare l'esistenza della facoltà di recesso. Soltanto il vaglio (a posteriori) del comportamento tenuto dal consumatore potrà confutare tale conclusione, soprattutto ove sia riscontrabile un'eccessiva ed ingiustificata frustrazione dell'affidamento della controparte.” (E. BACCIARDI, *Il nuovo statuto del diritto di ripensamento tra efficienza del mercato e razionalità (limitata) dei consumatori*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, 3, p. 415).

10. Conseguenze dell'esercizio abusivo del diritto di recesso da parte del consumatore.

Una volta verificato che la figura dell'abuso del diritto può trovare spazio nei contratti telematici in relazione all'esercizio del recesso da parte del consumatore, non resta che interrogarsi brevemente su quali possano essere le conseguenze di tale abuso; e più precisamente su quali siano i rimedi a disposizione del professionista.

In linea generale i rimedi tradizionalmente riconosciuti in caso di violazione del divieto di abuso del diritto sono l'inefficacia dell'atto posto in essere o il risarcimento del danno⁶³⁷.

Per il caso in esame la soluzione più indicata sembra essere quella di riconoscere il diritto al risarcimento del danno alla parte lesa dall'abuso. L'esercizio abusivo del recesso, come visto, si sostanzia in un danno ingiusto cagionato dal consumatore alla controparte professionale, conseguentemente tale ingiustizia pare essere rimediabile mediante la compensazione di quel danno ingiusto attraverso lo strumento del risarcimento del danno. Risarcimento che evidentemente andrà a coprire non solo la diminuzione del valore del bene ma anche tutti gli altri possibili danni sopra ipotizzati e descritti, sempre che siano riconducibili al comportamento scorretto e abusivo del consumatore recedente.

L'altro rimedio, quello dell'invalidità dell'atto (del recesso), appare meno indicato per questo tipo di situazione. Esso è più adatto a rimediare a situazioni in cui il risarcimento del danno può non essere sufficiente a ristabilire la giustizia tra le parti. Per esempio nel

⁶³⁷ G. VISINTINI, *L'abuso del diritto come illecito aquiliano*, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. VISINTINI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 41. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto nel quadro dei principi generali*, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. VISINTINI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 24: "L'abuso del diritto è dunque meritevole di attenzione perché non propone una gabbia di rimedi esclusiva, specifica, come avviene per l'illecito e il risarcimento del danno, che si articola come è noto in una varietà di formule, ma è pur sempre ispirato al principio della riparazione pecuniaria". In giurisprudenza si veda la sentenza Cass. Civ., 11 giugno 2003, n. 9353 in materia di invalidità della delibera assembleare assunta in violazione del divieto di abuso del diritto da parte della maggioranza. Si veda anche la nota sentenza *Renault* (Cass. Civ., 8 giugno 2009, n. 20106): "Come conseguenze di tale, eventuale abuso, l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva. E nella formula della mancanza di tutela, sta la finalità di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti - ed i diritti connessi - attraverso atti di per sé strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da alterarne la funzione, violando la normativa di correttezza, che è regola cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata."

citato caso dell'abusiva richiesta di risoluzione del contratto di locazione ad uso alberghiero⁶³⁸ la migliore tutela per il conduttore è certamente vedere ricostituito il vincolo contrattuale (per mezzo della declaratoria di invalidità della risoluzione) in quanto in caso contrario l'attività economica esercitata dall'albergatore sarebbe stata irrimediabilmente frustrata dalla mancanza dei locali. Così anche nel caso *Renault* potrebbe avere maggiore utilità parlare di invalidità del recesso piuttosto che di mero risarcimento del danno in quanto l'attività dei concessionari, se si mantenesse efficace il recesso, sarebbe destinata ad interrompersi bruscamente⁶³⁹.

Non così con il recesso del consumatore dal contratto telematico: l'interesse del professionista può ben essere tutelato dal risarcimento del danno senza la necessità di dichiarare inefficace il recesso stesso⁶⁴⁰.

Inoltre tale soluzione sembra anche maggiormente rispettosa della normativa in materia di recesso: alla luce della centralità di tale diritto nel meccanismo europeo dei contratti telematici, appare meno invasivo andare a limitare solamente una delle caratteristiche di tale diritto (la gratuità) piuttosto che negare *tout court* la possibilità di avvalersi del diritto di recesso del consumatore.

⁶³⁸ Cass. civ. Sez. III, 31 maggio 2010, n. 13208 pubblicata su *Giur. It.*, 2011, 4, 794 con nota di P. RESCIGNO, *Un nuovo caso di abuso del diritto*.

⁶³⁹ Tale osservazione si scontra evidentemente con la problematica dei tempi della giustizia che rende sostanzialmente impossibile e inutile il rimedio in forma specifica una volta trascorsi diversi lustri dai fatti che hanno dato origine alla causa.

⁶⁴⁰ Il credito del professionista al risarcimento si andrebbe a compensare, almeno in parte, con il credito del consumatore al rimborso del prezzo pagato.

- Parte IV -

**UNA NUOVA PROSPETTIVA: LA CONCLUSIONE DEI CONTRATTI
VIRTUALI FRA LEGGE E AUTONOMIA PRIVATA.**

*

CAPITOLO 11

L'AUTONOMIA PRIVATA PROCEDIMENTALE NELLA CONTRATTAZIONE ONLINE

1. Il ruolo degli schemi tipici. 2. L'autonomia privata procedimentale: nozione e contenuti. 3. Il contratto virtuale e l'autonomia privata procedimentale: quale rapporto? 4. La formazione del contratto virtuale tra schemi codicistici e autonomia privata procedimentale.

1. Il ruolo degli schemi tipici.

In questo lavoro è già emersa la grande importanza delle regole codicistiche anche in riferimento alla formazione del contratto telematico nonostante il fatto che nel 1942, quando tali regole sono stata scritte, il contratto concluso con l'ausilio di dispositivi informatici attraverso internet fosse ben poco immaginabile.

E così nei contratti telematici trovano applicazione i principi generali della contrattualistica a partire dall'accordo come elemento essenziale del contratto, nonché le diverse regole come l'art. 1326 sulla conclusione del contratto e l'art. 1335 sulla ricezione dell'accettazione come momento perfezionativo del contratto, ed anche, di volta in volta, le specifiche norme riguardanti i meccanismi alternativi di conclusione del contratto e in particolare l'inizio dell'esecuzione ex art. 1327, l'offerta al pubblico ex art. 1336, ed il contratto per adesione ex art. 1341.

In questo capitolo ci si riferirà in particolare al contratto virtuale in senso stretto,⁶⁴¹ inteso come quell'accordo concluso attraverso l'utilizzo di un sito internet all'interno

⁶⁴¹ Così definito da E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, pp. 48 e ss, nonché p. 148.

del quale vengono descritti e proposti agli utenti della rete determinati beni o servizi da parte di un operatore economico. È infatti tale modalità formativa del contratto che mette maggiormente in discussione le regole e i procedimenti di formazione tradizionali e che, contestualmente, lascia il più ampio spazio allo sviluppo dell'autonomia privata procedimentale.

2. L'autonomia privata procedimentale: nozione e contenuti.

Ogni ragionamento circa la rilevanza dell'autonomia procedimentale privata muove dal superamento dell'assioma in base al quale i privati esercitano la libertà contrattuale determinando il contenuto del contratto mentre la legge fissa la struttura, i modi di formazione e i presupposti di validità del contratto senza che su questi possa incidere l'autonomia privata. La formazione del contratto, invece, non può essere considerata terreno di esclusiva pertinenza del legislatore ma, anzi, le parti sono in realtà libere di creare schemi e modalità alternative per la conclusione dell'accordo contrattuale⁶⁴². A patto che ciò avvenga nel rispetto dei limiti posti dall'ordinamento e nell'esercizio di facoltà che devono in ogni caso essere riconosciute dalla legge.

L'autonomia privata nell'ambito della formazione del contratto non può infatti prescindere dai necessari fondamenti normativi che possono essere individuati nell'art. 1322 sull'autonomia contrattuale, nell'art. 1352 sul patto sulla forma, nell'art. 1326, comma secondo, sul termine per l'accettazione e, soprattutto, nell'art. 1326, comma quarto, il quale riconosce al proponente la facoltà di stabilire una forma determinata per l'accettazione⁶⁴³.

Il principio sul quale viene generalmente fondato il vaglio di validità in merito ai procedimenti di formazione del contratto diversi da quelli tipizzati dal codice civile è l'accordo: esso, inteso come elemento necessario e sufficiente del contratto, assume il ruolo di parametro per valutare se un certo procedimento formativo conduca

⁶⁴² A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da BUSNELLI, PATTI, SCALISI e ZATTI, Giappichelli, 2002, p. 6.

⁶⁴³ E. TOSI, *La tutela dei consumatori in internet*, Giuffrè, 2012, p. 173 e ss.; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da BUSNELLI, PATTI, SCALISI e ZATTI, Giappichelli, 2002, p. 6;

effettivamente alla conclusione di un valido contratto. Questo perché solo l'accordo delle parti può giustificare e legittimare le intrusioni nell'altrui sfera giuridica. Pertanto -ragionando in termini generali- se tra le parti c'è l'accordo (definito in base alle norme del codice civile) si può ritenere che il contratto sia concluso anche se la formazione è avvenuta in base a procedimenti divergenti rispetto a quelli descritti nel codice civile. In tal modo le parti, nell'esercizio della loro autonomia ed in accordo tra loro, possono realizzare procedimenti formativi diversi e, di volta in volta, semplificati o aggravati rispetto ai meccanismi codicistici.⁶⁴⁴

Il concetto di autonomia privata procedimentale è da tempo accolto in dottrina, anche ed in particolare (come si vedrà a breve) nell'ambito dei contratti telematici. La Cassazione, in una nota recente sentenza delle Sezioni Unite⁶⁴⁵, sembra avere ulteriormente confermato il principio in commento riconoscendo alle parti il potere di interferire sui meccanismi di formazione del contratto ed in particolare sulle fasi che precedono la conclusione del contratto che, in alcuni casi, possono differenziarsi rispetto a quelle ipotizzate dal legislatore⁶⁴⁶.

3. Il contratto virtuale e l'autonomia privata procedimentale: quale rapporto?

Il contratto concluso tramite sito internet⁶⁴⁷ rappresenta il terreno elettivo per l'applicazione dell'autonomia privata procedimentale proprio per le sue caratteristiche

⁶⁴⁴ A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da BUSNELLI, PATTI, SCALISI e ZATTI, Giappichelli, 2002, p. 10 e ss.; E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, pp. 148 e ss. Per quanto riguarda il concetto di autonomia procedimentale in generale, nonché per l'esame dei differenti schemi procedimentali semplificati e aggravati, si rinvia integralmente all'opera appena citata di A.M. Benedetti.

⁶⁴⁵ Il riferimento è alla sentenza Cass. Civ. Sez. Un., 6 marzo 2015, n. 4628, sul meccanismo noto come contratto preliminare di preliminare, commentata, tra i molti, da G. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 1, p. 10040, e G. PALERMO, *Preliminare – l'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, in *Giur. It.*, 2015, 5, p. 1064.

⁶⁴⁶ In proposito si veda in particolare: A.M. BENEDETTI, *Autonomia di procedimenti formativi? La vicenda del «preliminare di preliminare»*, in *Dir. civ. cont.*, 11 maggio 2015: “*Ma se l'accordo concluso tra le parti non trova rispondenza nei modelli tipici di preliminare (o, al limite, perfino di definitivo), esso può produrre effetti giuridici se l'interprete vi ravvisi una ragion d'essere sufficiente, se, cioè, se ne possa ravvisare un'apprezzabile causa concreta; le Sezioni Unite muovono dal contestare che «la proceduralizzazione delle fasi contrattuali non può di per sé essere connotata da disvalore, se corrisponde a un complesso di interessi che stanno realmente alla base dell'operazione negoziale». Dunque l'autonomia privata procedimentale esiste.*”.

⁶⁴⁷ C.d. contratto virtuale in senso stretto.

più tipiche⁶⁴⁸. Lo strumento informatico permette all'operatore economico non solo di indirizzare una proposta contrattuale (o invito ad offrire) predeterminata dal punto di vista contenutistico, ma anche di individuare il percorso tecnico e dichiarativo per mezzo del quale l'utente del sito può concludere il contratto. Il predisponente stabilisce quali schermate devono essere visualizzate, quali cliccate devono essere effettuate, quali informazioni devono essere inserite e quali altre attività devono essere compiute per concludere il contratto; o, meglio, per esprimere un'accettazione conforme alla proposta (o per fare una proposta idonea ad essere accettata in quanto conforme all'invito ad offrire contenuto nel sito⁶⁴⁹).

La predisposizione del sito (e delle modalità di conclusione del contratto) infatti entra dal punto di vista giuridico a fare parte della proposta contrattuale, non sotto la forma di linguaggio in senso tradizionale ma sotto forma di linguaggio telematico: il fatto che l'utente sia vincolato ad un determinato percorso (una serie di passaggi tecnici) per concludere il contratto significa che l'accettazione deve essere espressa in quella maniera e quindi che tale percorso fa parte della proposta contrattuale.

Il principale fondamento di questo potere del predisponente-offerente è rappresentato dal quarto comma dell'art. 1326 c.c. laddove permette al predisponente di scegliere unilateralmente (predisporre) con quale forma, anzi con quale lingua o codice convenzionale di comunicazione (il codice informatico), deve essere espressa la volontà di accettare da parte dell'oblatore⁶⁵⁰.

Quanto esposto vale per ogni meccanismo di formazione del contratto virtuale, sempre che sia rispettato il principio dell'accordo (oltre agli eventuali ulteriori requisiti di validità previsti dal codice civile o dalla normativa di fonte speciale) e quindi che sia

⁶⁴⁸ “*Intere aree coincidenti con le «nuove frontiere» della contrattazione (si pensi al settore dei contratti telematici) sembrano rivelare grande flessibilità quanto ai modi di formazione del contratto*” (A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da BUSNELLI, PATTI, SCALISI e ZATTI, Giappichelli, 2002, p. 7).

⁶⁴⁹ Per semplificare il discorso si farà più spesso riferimento allo schema della proposta al pubblico ma ogni ragionamento qui svolto varrà evidentemente per i contratti destinati a concludersi con una proposta dell'utente o con altri meccanismi.

⁶⁵⁰ E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Contratto e impresa*, 2014, 6, pp. 1264 e ss..

individuabile, in base ai criteri codicistici⁶⁵¹, un pieno consenso delle le parti circa la conclusione del contratto, sia sul contenuto sostanziale sia sul meccanismo di formazione.

Il predisponente può decidere che il contenuto del sito internet costituisce una proposta al pubblico che può essere accettata in un certo modo, o può privarlo esplicitamente delle caratteristiche dell'offerta configurandolo come invito ad offrire ed in tal caso l'offerta dell'utente dovrà essere espressa con determinate modalità per essere suscettibile di accettazione da chi ha predisposto il sito. Addirittura la proposta dell'utente può essere qualificata dal predisponente (nell'invito ad offrire) come irrevocabile e destinata ad essere accettata dal titolare del sito in un momento successivo⁶⁵². Tutto ciò costituisce proprio esercizio dell'autonomia privata procedimentale da parte del soggetto che predispone il sito per convogliare la propria offerta contrattuale.

In questo ragionamento assume un ruolo centrale l'art. 1326 c.c., non solo per il già citato quarto comma che permette al proponente di imporre una forma specifica per l'accettazione, ma anche per la centralità dello schema da questo individuato, ossia la coppia di dichiarazioni ricettizie contenenti la proposta e l'accettazione. Tale centralità deriva non tanto dal fatto che si tratti dello schema più frequente -anzi potrebbe non esserlo- ma dal fatto che tale regola serve per consentire al giudice (o in generale all'interprete) di accertare sostanzialmente se ci sia accordo, cioè se l'attività delle parti abbia dato luogo a un contratto⁶⁵³. In pratica quindi se si possono individuare due dichiarazioni ricettizie di pari contenuto si può ritenere di essere di fronte ad un

⁶⁵¹ L'accordo è un fatto normativo e come tale ogni valutazione circa la sua esistenza e validità è rimessa alla legge e non può essere incisa dall'autonomia privata procedimentale. A tal proposito si veda: A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da BUSNELLI, PATTI, SCALISI e ZATTI, Giappichelli, 2002, p. 22: "L'accordo, si è già anticipato, è fatto normativo, nel senso che la sua realizzazione è da accertarsi sulla base di criteri e parametri di tipo esclusivamente legale".

⁶⁵² Ciò accade, per esempio, sul sito Amazon.it ove il contratto non si considera concluso fino a che il professionista non processa il pagamento e spedisce il bene inviando apposita *email* di conferma all'utente.

⁶⁵³ A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da BUSNELLI, PATTI, SCALISI e ZATTI, Giappichelli, 2002, p. 28 e 29: "Lo schema delineato dall'art. 1326, primo comma, c.c., da questo punto di vista, può essere utilizzato come parametro di riferimento su cui misurare le varianti introdotte non solo dagli altri schemi formativi, ma anche - ed è questo il nucleo della nostra ricerca - introdotte da clausole, patti o convenzioni a tal fine intervenute tra le parti contraenti".

contratto, e ciò a prescindere dalle modalità -orali, cartacee o telematiche- impiegate, e dal linguaggio -verbale o informatico- utilizzato. Ovviamente il concetto di accordo assume una connotazione particolare nell'ambito del commercio elettronico perché vi è un soggetto che definisce interamente il contenuto del contratto e le modalità di formazione mentre la controparte può solo scegliere se aderire o meno al contratto predisposto accettandone forma e contenuti. Vi sono quindi principalmente due aspetti che possono sminuire la forza dell'accordo nei contratti online: il fatto che il soggetto che aderisce al contratto non abbia in realtà letto le condizioni contrattuali e il fatto che egli non abbia alcuna possibilità di incidere sul contenuto del contratto (si parla in proposito di *all-or-nothing assent*)⁶⁵⁴. Ciononostante, nel momento in cui il soggetto che aderisce ha ricevuto le informazioni necessarie ad assumere consapevolmente un impegno vincolante ed esprime (in una delle diverse forme attuabili *online*) il proprio consenso alla conclusione del contratto si può dire che vi sia accordo e quindi contratto.

4. La formazione del contratto virtuale tra schemi codicistici e autonomia privata procedimentale.

L'utilizzo dello strumento internet offre al predisponente una estesa libertà nel determinare dal punto di vista tecnico come deve essere concluso il contratto: egli può definire tutti i passaggi tecnici ai quali il soggetto che intende accettare il (*rectius*, aderire al) contratto deve necessariamente adeguarsi⁶⁵⁵. Da questo deriva che ogni operatore economico e ogni sito avrà il suo specifico meccanismo procedimentale per la conclusione dei contratti.

Ciononostante la prassi commerciale *online* ha delineato un meccanismo di esternazione della dichiarazione del cliente basato su un comportamento che è stato definito

⁶⁵⁴ L'aspetto della conoscenza delle condizioni contrattuali e del consenso (*all-or-nothing assent*) espresso nei confronti di un contratto *online* interamente predisposto è oggetto di notevole approfondimento anche da parte della dottrina straniera. Si vedano per esempio: N.S. KIM, *Contract's Adaptation and the Online Bargain*, su *University of Cincinnati Law Review*, 2010, p. 1327; N.V. CHARI, *Disciplining Standard Form Contract Terms through Online Information Flows: An Empirical Study*, su *New York University Law Review*, 2010, 1618.

⁶⁵⁵ L'obbligatorietà non è giuridica ma meramente tecnica: l'aderente se non segue quel procedimento non avrà la possibilità di visualizzare e cliccare il pulsante negoziale virtuale e concludere il contratto.

“socialmente tipico”⁶⁵⁶ (per quanto certamente non esclusivo): esso consiste nell’accesso da parte dell’utente al sito internet contenente la proposta commerciale, nella compilazione degli appositi campi, tra cui quelli necessari ad eseguire il pagamento con carta di credito, e nella pressione del tasto negoziale. Ciò avviene soprattutto per l’acquisto di singoli beni e il procedimento è spesso il medesimo, al netto delle pur rilevanti differenze che saranno oggetto di indagine nel prosieguo. Il fatto che digitando gli estremi della carta di credito per il pagamento l’acquirente ponga in essere un comportamento esecutivo ha portato alcuni interpreti a ritenere che si trattasse di un contratto concluso ex art. 1327 c.c. piuttosto che con lo scambio di dichiarazioni contrattuali conformi⁶⁵⁷. Ciononostante, come già analizzato⁶⁵⁸, appare più idoneo configurarlo come un contratto concluso ex art. 1326 c.c. accompagnato da una contestuale esecuzione⁶⁵⁹, o addirittura come un contratto che, per scelta procedimentale di una parte, si conclude solo con l’esecuzione, quasi si trattasse non più un contratto meramente consensuale ma una sorta di “vendita reale”⁶⁶⁰.

In realtà ricondurre specificamente la formazione del contratto *online* all’uno o all’altro meccanismo codicistico appare una scelta non del tutto utile e corretta. Ciò perché i contratti virtuali vantano caratteristiche del tutto particolari, ed è problematico -e forse scorretto- volerli inquadrare nel procedimento ex art. 1326 c.c. o in quello ex art. 1327 c.c.. Anzi, la differenza tra i due modelli finisce per essere azzerata nel contesto del commercio elettronico. È quindi necessario prendere atto che le modalità formative dei contratti online possiedono caratteristiche peculiari e che nessuno degli schemi codicistici è sufficiente per spiegare come si conclude il contratto online⁶⁶¹. Questo perché è chi predispose il sito a decidere come si deve concludere il contratto e ad

⁶⁵⁶ E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, p. 44.

⁶⁵⁷ Si veda, tra gli altri, A.M. GAMBINO, *L’accordo telematico*, Giuffrè, 1997, p. 141.

⁶⁵⁸ Al capitolo 7, paragrafo 5.

⁶⁵⁹ A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da BUSNELLI, PATTI, SCALISI e ZATTI, Giappichelli, 2002, p. 77.

⁶⁶⁰ E. ANGIONI, *Brevi note sui meccanismi di formazione del contratto online*, in *Rivista giuridica sarda*, 2014, p. 51.

⁶⁶¹ Tale riflessione, così come buona parte di quelle che seguono, deriva dai ragionamenti di A.M. BENEDETTI, *L’autonomia privata procedimentale nella formazione del contratto virtuale*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di F. RUSCELLO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 105 che riprendono quelli già sviluppati dal medesimo autore in *Autonomia privata procedimentale e formazione del contratto virtuale: annotazioni sull’art. 13 del d.lgs. 70/2003*, in *Dir. Internet*, 2006, 1.

articolare i passaggi tecnici che l'acquirente è tenuto a seguire per esprimere la propria adesione.

Pertanto il diffuso procedimento formativo in base al quale il predisponente richiede la pressione del tasto negoziale e la contestuale esecuzione del contratto (mediante comunicazione degli estremi della carta di credito o mediante invio di ordine di pagamento) rappresenta un meccanismo differente rispetto a quelli previsti nel codice civile (diverso sia dal 1326 sia dal 1327); un procedimento aggravato⁶⁶² per volontà del predisponente che desidera ottenere non solo l'accettazione ma anche la sicurezza circa l'adempimento degli obblighi contrattuali della controparte.

A conferma del ruolo dell'autonomia privata procedimentale nei contratti virtuali si evidenzia che il legislatore europeo, sia con la direttiva 2000/31 sia con la più recente 2011/83 si è astenuto dal dettare regole generali sulla conclusione del contratto telematico ma ha preferito limitarsi a creare un sistema di rimedi al fine di tutelare -per quanto possibile- la parte debole rispetto allo squilibrio derivante dall'esercizio del potere procedimentale da parte del predisponente. Ciononostante il legislatore italiano nell'art. 13 del D.Lgs 70/2003 (che rappresenta ancora oggi una delle fonti centrali in materia) e nell'art 67 Cod.Cons. ha inserito espliciti rinvii alle norme codicistiche sulla conclusione dei contratti⁶⁶³. Tale scelta è stata oggetto di critica in primo luogo in quanto ritenuta superflua: è evidente che, soprattutto in mancanza di disposizioni speciali contrarie, i principi codicistici rappresentino il punto di riferimento in materia contrattuale⁶⁶⁴. Ma soprattutto tale norma è stata interpretata come un tentativo di riaffermare il concetto, evidentemente superato⁶⁶⁵, che il contratto virtuale trovi nella legge tutte le sue regole di formazione e che esso possa essere ricondotto ad uno schema tipico.

⁶⁶² In base alla catalogazione di A.M. BENEDETTI, *(Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti)*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da BUSNELLI, PATTI, SCALISI e ZATTI, Giappichelli, 2002), come confermato anche da M.P. PIGNALOSA (*Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016, p. 333).

⁶⁶³ Art. 13, comma primo, D.Lgs. 70/2003: "*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*"; art. 67, comma 2 Cod.Cons.: "*Per quanto non previsto dalle Sezioni da I a IV del presente Capo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di validità, formazione o efficacia dei contratti*".

⁶⁶⁴ A.M. BENEDETTI, *L'autonomia privata procedimentale nella formazione del contratto virtuale*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di F. RUSCELLO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 105

⁶⁶⁵ Come evidenziato in queste pagine e nelle citazioni qui contenute.

Tale disposizione deve pertanto essere interpretata come un richiamo non agli schemi formativi tipici individuati dal codice civile bensì ai principi ivi contenuti e ricavabili da tali schemi che, come già osservato, rappresentano i concetti fondamentali su cui si basa la disciplina dei contratti e, ovviamente, anche quella dei contratti online.

Da queste brevi riflessioni emerge quindi che il contratto virtuale si può formare secondo diversi schemi procedimentali, che talvolta rispecchiano quelli tipizzati dal codice civile, ma che più spesso derivano dall'autonomia procedimentale delle parti⁶⁶⁶ perché in sostanza Internet crea da sé le proprie regole, in quanto i contratti virtuali, per concludersi, devono seguire i procedimenti predeterminati dagli operatori economici che vendono i beni o i servizi online⁶⁶⁷.

⁶⁶⁶ E. TOSI, *Contrattazione telematica e conclusione del contratto*, in C. ROSSELLO, G. FINOCCHIARO E E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, Giappichelli, 2003, p. 104.

⁶⁶⁷ A.M. BENEDETTI, *L'autonomia privata procedimentale nella formazione del contratto virtuale*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di F. RUSCELLO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 111.

CAPITOLO 12

L'UTILIZZO PRATICO DELL'AUTONOMIA PRIVATA PROCEDIMENTALE NELLA CONTRATTAZIONE VIRTUALE.

1. Gli obiettivi del soggetto che predispone il sito internet. 2. Gli schemi formativi creati da chi vende online. 3. Segue. I contratti conclusi con l'accettazione dell'offerta al pubblico. 4. Segue. I contratti conclusi con l'accettazione immediata della proposta dell'utente fondata sull'invito ad offrire. 5. Segue. L'accettazione del professionista differita rispetto alla proposta dell'utente. 6. Segue. Brevi osservazioni sui contratti diversi dalla compravendita.

1. Gli obiettivi del soggetto che predispone il sito internet.

Per concludere i ragionamenti relativi all'applicazione dell'autonomia privata procedimentale nei contratti virtuali è interessante dedicare qualche riflessione alle modalità con le quali gli operatori utilizzano la propria facoltà di stabilire il percorso di formazione del contratto e a quali siano gli scopi perseguiti attraverso tale attività.

Come si è già avuto modo di accennare, la prassi economica crea dei meccanismi differenziati per la conclusione del contratto che di volta in volta possono essere semplificati o aggravati rispetto ai modelli normativamente previsti⁶⁶⁸.

L'impressione è che la maggior parte dei procedimenti riscontrabili nella prassi del commercio elettronico rientrino tra quelli aggravati e questo è probabilmente connesso al fatto che l'utilizzo dello strumento internet determina di per sé la massima semplificazione nell'incontro dei potenziali contraenti e nella manifestazione di volontà da parte di questi ultimi cosicché gli operatori sono più orientati ad aggiungere passaggi tecnici e requisiti piuttosto che a ricercare un'ulteriore semplificazione. E d'altronde un'eccessiva semplificazione convenzionale non è ammissibile in quanto andrebbe ad incidere sul principio dell'accordo che invece deve rimanere come elemento imprescindibile per la conclusione del contratto⁶⁶⁹. Per questa stessa ragione gli schemi semplificati individuati dalla dottrina (utilizzati prevalentemente al di fuori dei contratti

⁶⁶⁸ A tal proposito si rinvia per le riflessioni generali nuovamente a A.M. BENEDETTI, *L'autonomia privata procedimentale nella formazione del contratto virtuale*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di F. RUSCELLO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

⁶⁶⁹ Come visto poco sopra al capitolo 11, paragrafo 2.

telematici) sono tendenzialmente fondati su contratti a monte che stabiliscono come saranno conclusi i successivi, cosa che non appare realizzabile nei contratti online dove l'offerta (o l'invito a offrire) è destinata alla pluralità dei potenziali utenti e quindi a soggetti con i quali non è intervenuto un precedente accordo.

Generalmente il predisponente richiede che per concludere il contratto l'utente comunichi (inserendole negli appositi modelli) determinate informazioni che servono, principalmente, alla sua identificazione, alla determinazione del contenuto contrattuale e all'esecuzione del contratto⁶⁷⁰. L'utente viene inoltre obbligato a visualizzare determinate schermate, contenenti anche le informazioni obbligatorie per legge, ed a effettuare determinate scelte cliccando su specifici pulsanti. Il predisponente decide poi con quali modalità, in quale momento, in base a quali comportamenti⁶⁷¹ ed a quali condizioni il contratto si perfezionerà⁶⁷².

L'operatore di commercio elettronico usa quindi il potere di incidere sulla formazione del contratto in base alla propria convenienza, alle proprie esigenze e ai propri obiettivi commerciali. I principali interessi e finalità perseguiti del professionista possono essere raccolti in tre categorie: l'acquisizione del cliente, la tutela dei propri diritti e il rispetto delle regole imperative.

Per quanto riguarda il primo profilo, l'operatore commerciale ha interesse ad attrarre il cliente sul proprio sito ed a convincerlo a concludere il contratto. Egli quindi utilizzerà gli strumenti di *marketing* affinché il potenziale cliente si colleghi al suo sito e poi, sfruttando la possibilità di predisporre ogni aspetto del sito, presenterà il prodotto offerto esaltandone le caratteristiche positive⁶⁷³ e pubblicizzando ogni elemento utile a

⁶⁷⁰ Modalità e tempi di spedizione, individuazione del metodo di pagamento e dati necessari al pagamento stesso.

⁶⁷¹ Per esempio capita che il predisponente richieda ulteriori sistemi di identificazione quali l'esecuzione di un bonifico da un conto corrente esistente (come viene richiesto per l'apertura di un nuovo conto corrente *online*), oppure la spedizione di una copia cartacea del contratto munita di sottoscrizione autografa (come avviene per alcuni contratti assicurativi).

⁶⁷² Spesso la conclusione è condizionata al fatto che il pagamento con carta di credito venga correttamente processato in base ai dati inseriti dall'acquirente. Talvolta addirittura il contratto è destinato a concludersi solo se il venditore provvederà alla spedizione. Quasi sempre poi il contratto non si può concludere se il cliente non accetta il trattamento dei suoi dati personali in quanto è interesse del professionista non solo concludere quello specifico accordo ma anche avere la possibilità di sfruttare in vario modo i dati relativi alla persona del suo contraente.

⁶⁷³ E facilmente trascurandone i difetti.

convincere la controparte a concludere il contratto⁶⁷⁴. In tale contesto è fondamentale che il procedimento di formazione del contratto sia il più possibile semplice e rapido al fine di evitare che il cliente desista dalla conclusione dell'accordo a causa della complessità del procedimento. Anche da questa esigenza deriva la grande diffusione del c.d. tasto negoziale virtuale⁶⁷⁵ che permette la conclusione del contratto potenzialmente mediante la singola pressione di un pulsante virtuale.

Una semplificazione eccessiva però non soddisferebbe appieno gli interessi del predisponente ed è per questo che viene in rilievo la seconda delle finalità sopra individuate. In base alla tipologia di operazione economica il professionista sarà portato a perseguire la massima speditezza oppure a sacrificarla parzialmente a vantaggio di altri elementi. Per esempio, quando si tratta della compravendita di un singolo bene, la principale tutela di cui il venditore ha bisogno è ottenere il pagamento del prezzo e quindi il sito sarà predisposto in modo tale da obbligare il cliente a pagare contestualmente alla conclusione del contratto, attraverso la digitazione del numero di carta di credito oppure con l'utilizzo di altri sistemi di pagamento sicuro⁶⁷⁶. Invece nei contratti di durata, come per esempio la stipula di un servizio in abbonamento⁶⁷⁷ o una vendita a rate, il professionista avrà interesse a ottenere maggiore certezza in merito alla futura esecuzione del contratto ed in particolare ai successivi pagamenti. Egli quindi vorrà ottenere una più sicura identificazione della controparte contrattuale (mediante utilizzo di webcam o con l'invio della scansione dei documenti identificativi) ed avrà anche interesse ad ottenere una prova più evidente del contratto concluso e così richiederà l'apposizione della firma autografa sul contratto, o la conclusione del contratto tramite telefonata⁶⁷⁸ o webcam, o ancora con l'utilizzo di uno strumento di firma elettronica.

⁶⁷⁴ Frequentemente gli operatori evidenziano l'esistenza del diritto di recesso anche al di là di quello che sarebbe richiesto dagli obblighi informativi, proprio per indurre il consumatore a concludere il contratto.

⁶⁷⁵ Descritto al capitolo 7, paragrafo 3.

⁶⁷⁶ Per esempio attraverso il servizio Paypal o con l'effettuazione di una transazione immediata in Bitcoin.

⁶⁷⁷ Per la fornitura di energia elettrica, acqua o gas, o di connessione ad internet, pay tv, servizi di telefonia o fornitura periodica di contenuti digitali.

⁶⁷⁸ Per la conclusione del contratto tramite telefono in base alla normativa contenuta nel codice del consumo recentemente riformata si veda A.M. BENEDETTI, *Il contratto non si conclude per telefono: paradossi dell'asimmetria procedimentale*, in *Contratti*, 2017, 3, p. 343.

La terza esigenza del professionista è quella di stipulare un contratto che sia valido e vincolante. Conseguentemente la predisposizione procedimentale dovrà rispettare tutte le norme di legge, sia generali, sia speciali. Non dovranno quindi essere incluse clausole vessatorie e le clausole onerose dovranno essere approvate a norma di legge⁶⁷⁹. Dovranno poi essere adempiuti all'interno del procedimento formativo tutti gli obblighi informativi, precontrattuali e postcontrattuali, previsti dalla disciplina europea e dal codice del consumo, ivi incluso l'invio della conferma d'ordine.

Ovviamente, per ragioni di convenienza economica, l'operatore commerciale online sarà portato, pur nel rispetto delle regole di legge, ad utilizzare il proprio potere di determinazione procedimentale per favorire maggiormente i propri interessi piuttosto che quelli della controparte contrattuale e ciò emergerà nel successivo paragrafo dove si analizzeranno le modalità di conclusione del contratto su alcuni (i più utilizzati) siti di commercio elettronico.

2. Gli schemi formativi creati da chi vende online.

La prassi del commercio elettronico ha elaborato schemi formativi molto differenziati ma dei quali si possono individuare alcuni elementi che sembrano comuni alla maggior parte dei contratti virtuali. La presente analisi si dividerà in due parti, dapprima si descriveranno brevemente gli elementi comuni ai diversi iter tecnici impostati dal titolare del sito commerciale e successivamente si sposterà l'attenzione sul momento del perfezionamento del contratto come individuato dal predisponente.

Generalmente il contatto tra l'utente, potenziale contraente, inizia con la connessione al sito internet del venditore e l'osservazione dei beni o servizi proposti. Dopo di che l'acquirente ha generalmente la possibilità di mettere i beni di suo interesse nel "carrello virtuale"⁶⁸⁰. Una volta individuati i prodotti da acquistare si passa alla fase contrattuale vera e propria durante la quale l'utente deve in primo luogo inserire i propri dati (se non lo ha già fatto in occasioni di precedenti acquisti o della registrazione al sito) utili alla

⁶⁷⁹ Con tutti i problemi già illustrati al capitolo 8.

⁶⁸⁰ È interessante notare come nella prassi sia frequente l'utilizzo di termini metaforici che fanno riferimento alle vendite "face to face" al fine di rendere più semplice per l'utente la comprensione del meccanismo e l'utilizzo del sito (si parla quindi di "vetrina", "carrello", "cassa", etc.)

sua identificazione, nonché all'adempimento del contratto mediante spedizione dei beni o fornitura del servizio. In questa fase viene spesso chiesto all'utente di dimostrare la correttezza dei dati inseriti, per esempio cliccando sulla *email* di conferma inviata al suo indirizzo dichiarato, oppure inserendo un codice ricevuto tramite sms sul proprio cellulare. Quando l'oggetto del contratto è più complesso della semplice compravendita di beni (per esempio in materia bancaria o per le scommesse online) viene inoltre chiesto all'utente di fornire ulteriori elementi per la propria identificazione⁶⁸¹. Oltre ai propri dati identificativi all'utente vengono poi richieste le informazioni in merito ai prodotti e servizi richiesti, per esempio la scelta tra diverse versioni o taglie del prodotto, l'opzione di acquistare prodotti o servizi collaterali, nonché la preferenza sulle modalità di pagamento e la tipologia di spedizione. Una ulteriore fase è rappresentata dall'accettazione delle condizioni generali di contratto e delle modalità di trattamento dei dati personali; a tal proposito si chiede generalmente che l'utente clicchi sul pulsante dichiarando di avere letto ed accettato il contenuto dei documenti allegati. L'ultima azione che il predisponente richiede alla controparte è l'effettuazione del pagamento oppure la comunicazione degli elementi utili all'addebito sulla carta di credito⁶⁸².

Il procedimento appena descritto (predisposto in infinite varianti dal titolare del sito) rappresenta la modalità obbligatoria⁶⁸³ con la quale l'utente del sito può concludere il contratto o, più precisamente, esternare una dichiarazione contrattuale idonea alla conclusione del contratto. Alla conclusione dell'iter, infatti, l'acquirente aziona il c.d. *tasto negoziale virtuale* esprimendo così la propria dichiarazione contrattuale che può essere qualificata, di volta in volta, come accettazione oppure come proposta fondata sul precedente invito ad offrire.

La qualificazione della dichiarazione dell'utente del sito è invece questione intimamente connessa con l'individuazione del momento in cui si perfeziona il contratto. Anche tale

⁶⁸¹ Come si vedrà più approfonditamente nel seguito.

⁶⁸² Si distingue quindi il caso in cui l'utente si limita a comunicare gli estremi della carta di credito che il venditore userà per processare il pagamento dal caso in cui l'acquirente provvede direttamente all'effettuazione del pagamento per esempio utilizzando servizi come paypal o strumenti di pagamento a trasferimento telematico come le c.d. *cryptomonete*.

⁶⁸³ Sulla natura di tale obbligo e sulle conseguenze dell'inosservanza si tornerà nel seguito al capitolo 13.

aspetto viene nella prassi rimesso alla scelta del predisponente⁶⁸⁴ che in genere lo regola espressamente all'interno delle condizioni generali di contratto.

Dall'osservazione delle condizioni generali riportate sui siti internet⁶⁸⁵ delle più importanti piattaforme di commercio elettronico attive in Italia⁶⁸⁶ si nota che i venditori generalmente chiariscono come e quando si deve ritenere concluso il contratto. Semplificando per un momento il ragionamento e riferendosi solamente ai contratti di vendita di beni fisici, si possono individuare sostanzialmente tre diverse modalità di conclusione del contratto che determinano il perfezionamento dello stesso in tre momenti alternativi (a ciascuno dei quali sarà dedicato uno dei successivi paragrafi):

1. Contratti che si concludono con l'accettazione da parte dell'utente dell'offerta al pubblico contenuta nel sito internet.
2. Contratti che si concludono quando il professionista comunica (all'interno della conferma d'ordine) l'accettazione della proposta formulata dall'utente sulla base dell'invito ad offrire contenuto nel sito internet.
3. Contratti che si concludono quando il professionista comunica l'avvenuta spedizione del bene, in un momento successivo (a distanza di giorni o settimane) rispetto all'ordine a alla conferma.

3. Segue. I contratti conclusi con l'accettazione dell'offerta al pubblico.

In molti casi il contratto è destinato a perfezionarsi con l'invio dell'ordine in quanto il contenuto del sito internet viene qualificato espressamente come offerta al pubblico che può essere accettata seguendo l'iter procedimentale definito dal venditore e premendo il tasto negoziale virtuale. In questi casi quindi la conferma d'ordine viene descritta come adempimento successivo che non incide sulla conclusione del contratto. Per esempio, nelle condizioni di contratto del sito Lesara.it⁶⁸⁷ è precisato che le descrizioni dei

⁶⁸⁴ Anche se in realtà tale scelta potrebbe non essere del tutto libera, come già esposto al capitolo 7, paragrafo 9, e come si vedrà nel seguente paragrafo.

⁶⁸⁵ Le condizioni generali oggetto della presente breve analisi sono quelle pubblicate sui relativi siti di *ecommerce* tra ottobre 2017 e febbraio 2018.

⁶⁸⁶ I siti esaminati figurano nella classifica pubblicata sul sito www.casaleggio.it/e-commerce-ranking, aggiornata al 7 febbraio 2018.

⁶⁸⁷ Lesara.it è la filiale italiana di un'importante società tedesca di *ecommerce* di abbigliamento.

prodotti presenti sul sito sono “*offerte vincolanti da parte del venditore*” che “*il cliente potrà accettare*”. Sempre sullo stesso sito viene poi precisato che la conferma d’ordine viene trasmessa successivamente per posta o *email*. Analogo discorso vale per il sito ePrice.it⁶⁸⁸ dove si precisa che “*il contratto è concluso quando il modulo d’ordine perviene al server di eprice*”. Le condizioni di contratto specificano poi quale sia il ruolo della conferma d’ordine nella ripetizione del contenuto del contratto e del prezzo, nonché nella comunicazione dei tempi di consegna. Similmente il sito Yoox, colosso italiano dell’*ecommerce*⁶⁸⁹, stabilisce che il “*Il contratto è concluso quando il Venditore riceve, per via telematica, il tuo modulo d’ordine...*”. E così anche le condizioni generali di vendita di IBS⁶⁹⁰ chiariscono che “*Il contratto è concluso quando l’ordine perviene al server di cui IBS si serve*”.

Questa scelta procedimentale da parte del predisponente, per quanto notevolmente diffusa, entra però in conflitto con l’interpretazione più restrittiva dell’art. 13 D.Lgs. 70/2003. È stato infatti osservato che per rendere effettiva la regola che sancisce l’obbligo del venditore di trasmettere la conferma d’ordine il contratto dovrebbe potersi considerare effettivamente concluso solo con l’invio e la ricezione di tale conferma e non in un momento precedente⁶⁹¹. Tale interpretazione deriva dall’analisi della *ratio* della norma in commento che risponde all’esigenza di tutelare il consumatore riguardo alla possibilità che egli, pur avendo inviato l’ordine, non abbia certezza in merito alla conclusione del contratto. Il modo più efficace per tutelare il consumatore in tale circostanza consiste nel non considerare concluso il contratto fino all’invio della conferma. Interpretando così la norma si nota però come le condizioni generali di contratto utilizzate su molti siti siano in contrasto con essa.

⁶⁸⁸ ePrice è uno dei principali siti di commercio elettronico italiani ed è specializzato in prodotti tecnologici.

⁶⁸⁹ *Yoox va di lusso*, articolo di F. GIACOMOTTI, pubblicato su *IlFoglio.it* in data 29 gennaio 2018.

⁶⁹⁰ Internet Bookshop è una libreria online italiana, nata nel 1998, è considerata la prima società operativa nell’*ecommerce* in Italia (*Francesco Marchetti: "Comprai con un clic un libro di Camilleri e così 18 anni fa l'Italia scoprì l'e-commerce"*, articolo di J. D’ALESSANDRO, pubblicato su *Repubblica.it* il 3 giugno 2016).

⁶⁹¹ Si veda quanto già osservato al capitolo al capitolo 7, paragrafo 9; nonché A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale e formazione del contratto virtuale: annotazioni sull’art. 13 del d.lgs. 70/2003*, in *Dir. Internet*, 2006, 1, e A.M. BENEDETTI, *L’autonomia privata procedimentale nella formazione del contratto virtuale*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di F. RUSCELLO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 110.

La questione parrebbe in verità avere una scarsa rilevanza pratica in quanto nella maggior parte dei casi la conferma viene inviata automaticamente dopo l'ordine e la conclusione del contratto cosicchè l'*iter* si può comunque considerare perfezionato. Nelle ipotesi residuali in cui la conferma non venisse trasmessa si pone però un problema giuridico rilevante: il contratto si è concluso e il venditore è inadempiente all'obbligo legale (ma anche contrattuale visto che la conferma d'ordine è generalmente citata nelle condizioni generali) oppure nessun contratto si è concluso e le parti non sono vincolate?

Nonostante la lettura che qualifica la conferma d'ordine come fase necessaria per la conclusione del contratto appaia condivisibile, vi sono ragioni pratiche per ritenere opportuno aderire alla tesi opposta, soprattutto quando è chiaramente specificato nel sito che il contratto si conclude con l'invio dell'ordine. Se lo scopo è la tutela dell'affidamento del cliente esso forse potrebbe essere meglio salvaguardato applicando quanto stabilito nelle condizioni generali di contratto perché il cliente, non ricevendo la conferma, sarà portato a fare affidamento sul contenuto di queste. In tale contesto il cliente leggendo nelle condizioni generali che il contratto si conclude con l'invio dell'ordine e sapendo di avere completato l'iter procedimentale confiderà nella conclusione del contratto. Ne consegue che negare che il contratto si sia concluso si tradurrebbe in una violazione dell'affidamento del cliente sul contenuto dell'informativa precontrattuale e tale soluzione, soprattutto di fronte ad una norma ambigua come l'art. 13⁶⁹² non sembra possa garantire la massima tutela per il cliente. Il discorso sarebbe evidentemente diverso se l'art. 13 ponesse espressamente la conferma d'ordine come elemento necessario dell'iter procedimentale ma ciò non avviene e quindi sembra dover prevalere il contenuto di una disposizione contrattuale chiara ed espresa (nonché oggetto di informativa precontrattuale) circa la conclusione del contratto con l'invio dell'ordine. Il mancato invio della conferma, in tale ipotesi, rappresenterà quindi un inadempimento del venditore il quale sarà tenuto a risarcire la controparte dell'eventuale danno arrecatogli.

⁶⁹² L'art. 13 del D.Lgs 70/2003 contiene la disposizione che impone al venditore di inviare conferma dell'ordine ricevuto.

Ciò non toglie, evidentemente, che nel caso in cui le condizioni generali di contratto non determinino in modo chiaro il momento di perfezionamento dell'accordo, rimanga da preferire l'interpretazione che individua l'invio della conferma d'ordine come elemento ultimativo e necessario del procedimento.

4. *Segue.* I contratti conclusi con l'accettazione immediata della proposta dell'utente fondata sull'invito ad offrire.

In altri casi, altrettanto frequenti, nelle condizioni generali di contratto il venditore priva espressamente il contenuto del sito dal valore di offerta al pubblico e qualifica l'invio dell'ordine -non come accettazione ma- come offerta da parte dell'utente sulla base dell'invito ad offrire descritto sul sito internet.

Sul sito Zalando.it si legge che *“Cliccando sul tasto “Acquista ora” il cliente effettua un ordine vincolante relativamente agli oggetti contenuti nel carrello virtuale. Una volta trasmesso l'ordine, Zalando invierà entro 1 ora al cliente una e-mail di conferma dell'ordine. Il contratto di compravendita si intende concluso tra Zalando e il cliente quando quest'ultimo riceve la conferma dell'ordine.”*. Analogamente sul sito Groupon.it si legge che *“l'acquisto del Coupon non è perfezionato fintanto che non ricevete un'e-mail da Groupon che conferma l'accettazione della vostra proposta”*. Così anche su Mediaworld.it *“L'accettazione dell'ordine da parte di MediaWorld è confermata mediante l'invio di una e-mail di conferma”*; nonché sul sito di Decathlon *“Il contratto di vendita è considerato concluso con l'invio da parte di decathlon al cliente di un'e-mail di conferma dell'ordine”*.

Non sempre il contenuto del sito viene espressamente definito come invito ad offrire ma dalla lettura delle condizioni generali emerge con chiarezza che il contratto non si conclude con il semplice invio dell'ordine ma in un momento successivo. L'ultimo atto procedimentale è quindi iniziativa del venditore che, ricevuto l'ordine, invia in tempi generalmente rapidi (immediatamente o entro pochi minuti) una comunicazione che contiene sia l'accettazione (ex art. 1326 c.c.) da parte del professionista, sia la conferma d'ordine resa obbligatoria dalla normativa speciale.

Il venditore quindi priva il contenuto del sito del valore di offerta al pubblico tale da

portare alla conclusione del contratto con la mera accettazione dei destinatari e si riserva di scegliere se accettare o meno la proposta formulata sulla base del sito. Al tempo stesso le condizioni generali così strutturate, in conformità con la *ratio* dell'obbligo di conferma d'ordine, spostano in avanti il momento di conclusione dell'accordo e permettono al consumatore di avere certezza sul fatto che il contratto si sia concluso in quanto fino a che non viene inviata la conferma non c'è nessun vincolo tra le parti.

A ben vedere, tra i quattro esempi sopra riportati si può individuare una differenza sostanziale: i primi due fanno riferimento alla ricezione della conferma d'ordine mentre gli altri citano il mero invio della stessa. Nel contesto della comunicazione elettronica in effetti non vi è distinzione temporale percepibile tra invio e ricezione, tuttavia è possibile che la comunicazione sia inviata ma, per malfunzionamenti o errori, non giunga a destinazione. Alla luce di queste possibili problematiche si evidenzia che, nei casi in cui il riferimento è all'invio della *email*, si pone nuovamente il problema dell'incertezza del cliente sulla conclusione del contratto e ciò in modo ancora più grave in quanto egli se non riceve la conferma dell'ordine non può avere contezza del fatto che la sua proposta sia stata accettata. La soluzione in questo caso va ricercata non tanto nell'interpretazione dell'art. 13 D.Lgs. 70/2003 sulla conferma d'ordine ma nella disciplina generale sulla conclusione del contratto: finché l'accettazione del venditore (contenuta nella *email*) non arriva al destinatario, il contratto non si conclude.

Quando il venditore qualifica la propria dichiarazione come invito ad offrire spesso però non lo fa in maniera del tutto trasparente in quanto, sebbene nelle condizioni generali ciò sia espresso con chiarezza, il tasto negoziale virtuale è frequentemente accompagnato da diciture quali "*acquista*" o "*acquista ora*". L'utente (consumatore o professionista) spesso non legge integralmente le condizioni generali (le quali sono solitamente messe a disposizione sotto forma di *link* da aprire in altra pagina web) ma fa affidamento su quanto legge nella schermata di inoltro dell'ordine e cliccando sul pulsante *acquista* egli potrebbe (forse a ragione) ritenere che in tal modo il contratto sia concluso. Si tratta chiaramente di questione da valutare in concreto ma dall'analisi della prassi si può evidenziare questa potenziale criticità.

5. *Segue. L'accettazione del professionista differita rispetto alla proposta dell'utente.*

In altri casi poi il contratto non si considera perfezionato neppure con la trasmissione della conferma d'ordine in quanto il venditore si cura di precisare che essa ha esclusivamente il ruolo di confermare la ricezione dell'ordine (ossia della proposta) ma non costituisce accettazione di detta proposta. È il caso di Amazon.it⁶⁹³ sul cui sito si legge che *“al ricevimento del tuo ordine, ti invieremo automaticamente un messaggio di presa in carico dell'ordine stesso”* ma *“la Conferma Ordine non costituisce accettazione della tua proposta di acquisto”* e di conseguenza *“Il contratto di vendita con Amazon EU Sarl si concluderà solamente nel momento in cui ti invieremo una separata e-mail [...] di accettazione della tua proposta di acquisto”*. E così anche sul sito Asos.com⁶⁹⁴ si legge che *“Quando si effettua un ordine, si riceverà un'e-mail di conferma della ricezione dell'ordine: questa e-mail sarà solo una conferma e non costituirà accettazione dell'ordine. Il contratto non sarà concluso finché non vi invieremo la conferma via e-mail che i prodotti che avete ordinato vi sono stati inviati”*. Analogamente anche sul sito di Apple le condizioni di vendita prevedono che la conferma d'ordine non rappresenti accettazione dello stesso ma che l'ordine sarà accettato solo quando il prodotto sarà pronto per la spedizione⁶⁹⁵. Infine è interessante la soluzione adottata da Unieuro che prevede un doppio binario: per i prodotti etichettati come *“disponibili”* il contratto si conclude con l'invio immediato della conferma d'ordine, mentre per i prodotti *“disponibili salvo esaurimento scorte”* la conferma non varrà come accettazione ma sarà seguita da una successiva, eventuale, *email* che

⁶⁹³ Amazon.com, Inc. è un'azienda di commercio elettronico statunitense, con sede a Seattle nello stato di Washington ed è la più grande Internet company al mondo. Anche a livello italiano il gruppo Amazon rappresenta la realtà di maggior rilievo nel commercio elettronico (fonte: wikipedia.com).

⁶⁹⁴ ASOS.com è un sito di e-commerce internazionale di moda e cosmetici con oltre 50.000 prodotti. ASOS ha siti web localizzati per Gran Bretagna, Stati Uniti, Francia, Germania, Spagna, Italia e Australia (fonte: sito web Asos.com).

⁶⁹⁵ *“Poco dopo aver ricevuto il tuo ordine ti invieremo un'email di conferma. Analogamente al numero d'ordine web, l'email di conferma non indica l'accettazione dello stesso, ma è una semplice conferma di ricezione. Non appena avremo elaborato e preparato il tuo ordine per la spedizione, ti invieremo un'email in cui dichiariamo di averlo accettato. All'interno dell'email troverai anche i dettagli della spedizione (“Email di notifica della spedizione”). La decisione di accettare il tuo ordine è a nostra esclusiva discrezione. Poiché vogliamo assicurarci che il prodotto da te richiesto sia disponibile, accetteremo l'ordine solo quando il prodotto è pronto per la spedizione.”*

comunicherà l'effettiva accettazione⁶⁹⁶.

Ciò che emerge da questa breve analisi è che venditore si preoccupa di inviare immediatamente (in automatico) la conferma della ricezione dell'ordine (ex art. 13 D.Lgs. 79/2003) in modo tale da rendere chiaro al cliente la ricezione dell'ordine e il suo valore vincolante (per il cliente)⁶⁹⁷; ma con l'invio della conferma d'ordine il prestatore non comunica ancora la propria accettazione, riservandosi invece di inviare successivamente una ulteriore comunicazione con la quale accetta la proposta e si vincola in via definitiva agli obblighi contrattuali. Così il venditore, certo dell'interesse del cliente a ricevere il bene (nonché del suo pagamento, essendogli stati forniti i dati della carta di credito⁶⁹⁸), può gestire la logistica in relazione all'invio del bene e assumere l'obbligo di inviare i prodotti solamente nel momento in cui questi vengono effettivamente spediti. Il venditore quindi riduce fortemente il rischio di non riuscire ad adempiere al contratto in quanto assume il proprio obbligo solo nel momento in cui lo sta eseguendo⁶⁹⁹. Egli quindi non solo si pone al riparo dall'inadempimento dell'acquirente (se il pagamento non va a buon fine il contratto non è concluso) ma anche dal rischio di un riuscire ad adempiere i propri obblighi (per problemi logistici o per indisponibilità del bene) in quanto fino alla spedizione del bene il contratto non è concluso e quindi non vi è nessun obbligo in capo ad esso.

⁶⁹⁶ “Nel caso di prodotti “disponibili” la proposta di acquisto del Cliente si considererà immediatamente accettata da Unieuro S.p.A. Pertanto, la e-mail di conferma di ricezione varrà come anche come conferma di accettazione. Unieuro procederà direttamente alla spedizione dei prodotti acquistati dal Cliente nei tempi e nei modi indicati nelle presenti condizioni generali. Nel caso di prodotti “disponibili salvo esaurimento scorte”, Unieuro S.p.A. invierà al Cliente nei 4 giorni successivi al ricevimento della proposta di acquisto una seconda e-mail con l'esito della verifica sulla disponibilità.”

⁶⁹⁷ Il valore vincolante è relativo dal momento che nella maggior parte dei casi il cliente ha il diritto di recedere dal contratto. Diritto che discende dalla legge per i consumatori ma che può essere esteso dal venditore anche ai professionisti per indurli a contrarre.

⁶⁹⁸ In molti casi, sebbene il pagamento sia effettivamente processato dopo la conclusione del contratto, il venditore effettua subito una verifica (preautorizzazione) per accertarsi che la carta di credito sia valida ed abbia una disponibilità sufficiente per l'acquisto.

⁶⁹⁹ Ovviamente analogo discorso vale nel caso in cui non si tratti di vendita di un bene fisico da spedire ma di fornitura di un servizio o di concessione di licenza *software*. Nel testo si è parlato esclusivamente della spedizione di beni in quanto essa rappresenta un esempio più chiaro su cui sviluppare il ragionamento.

6. Segue. Brevi osservazioni sui contratti diversi dalla compravendita.

Alla luce della grandissima varietà di contratti che possono essere conclusi online risulta difficile in questa sede farne una panoramica completa ma è possibile individuare alcuni elementi caratteristici dei procedimenti formativi all'interno di specifici ambiti.

Nel contesto della telefonia per esempio molti operatori richiedono che il cliente invii il contratto sottoscritto con firma autografa e poi scansionato e che trasmetta la copia di un documento di identità condizionando l'attivazione del servizio all'esecuzione di tali operazioni⁷⁰⁰. Nell'ottica dell'analisi della predisposizione unilaterale finalizzata a mettere il professionista al riparo dal rischio di non riuscire ad adempiere è interessante la soluzione individuata sul sito di Vodafone: il contratto si conclude con l'attivazione della sim e il segnale di connessione di rete vale come avviso di inizio dell'esecuzione ex art. 1327 c.c.. In questo modo, in analogia con le soluzioni descritte nel paragrafo 5 di questo capitolo a proposito della compravendita, nel caso di malfunzionamento della sim o di altri problemi che impediscono alla stessa di funzionare, il professionista non può essere considerato inadempiente perché fino a che non adempie il contratto non è concluso.

Una grossa fetta del mercato dell'*ecommerce* è rappresentata dal gioco e dalle scommesse online. In tale ambito i contratti si concludono generalmente con l'iscrizione al sito, l'inserimento dei propri dati, l'accettazione delle condizioni generali, il consenso al trattamento dei dati e il versamento di fondi sul "conto di gioco". In questo settore tutti i contratti hanno in comune l'elemento di richiedere al cliente l'invio di un documento di identità. Tale adempimento può essere concepito come un obbligo contrattuale che impedisce o limita determinate facoltà (quali il ritiro delle vincite) ma spesso viene concepito come vera e propria fase dell'*iter* procedimentale di formazione del contratto senza il quale il cliente non ha neppure la possibilità di concludere l'accordo. Le ragioni della centralità dell'identificazione del cliente nell'ambito del gioco d'azzardo sono evidenti e derivano in primo luogo dalla necessità di verificare che egli sia maggiorenne e che possa quindi prendere parte al gioco d'azzardo, ed, in secondo luogo, dalla necessità di contrastare eventuali comportamenti abusivi.

⁷⁰⁰ È il caso delle condizioni generali pubblicate sul sito dell'operatore telefonico Tre.

In altri casi l'interesse del professionista non è vendere un bene o un servizio bensì ottenere vantaggi diversi. Per esempio siti quali i *social network*, o i motori di ricerca⁷⁰¹, non ambiscono a vendere un servizio al consumatore ma anzi tale servizio (pur oneroso) viene fornito senza chiedere in cambio il pagamento di un prezzo in denaro. Il contratto, che viene concluso al momento dell'iscrizione al sito, o per il suo mero utilizzo, contiene alcune fasi procedurali alle quali l'utente presta poca attenzione ma che rappresentano un forte valore per il titolare del sito. Chi vuole utilizzare il sito è infatti obbligato (come fase dell'*iter* procedimentale di conclusione dell'accordo) ad accettare il trattamento dei suoi dati personali, e, inoltre, a conferire alla controparte professionale una licenza gratuita, illimitata valida in tutto il mondo per l'utilizzo dei dati personali nei modi più disparati, ivi inclusa la vendita a terzi⁷⁰². Molti siti internet infatti basano il proprio *business* sull'utilizzo delle informazioni personali che vengono sfruttate a scopo di lucro (c.d. *big data*).

⁷⁰¹ Facebook e Google, per citare i più noti ma così tutti i siti che operano in quei settori e in molti altri.

⁷⁰² A tal proposito il livello di tutela viene costantemente innalzato dalle norme che si susseguono in materia di protezione dei dati personali il cui esempio più recente è rappresentato dal regolamento europeo in materia di *privacy* noto come GDPR (*General data protection regulation*), 679/2016 in vigore dal 25 maggio 2018.

CAPITOLO 13

L'INOSSERVANZA DELLO SCHEMA FORMATIVO PREDISPOSTO

1. Gli effetti della predisposizione unilaterale. 2. I limiti alla predisposizione unilaterale. 3. Segue. L'accordo come limite principale. 4. L'accettazione espressa in maniera difforme.

1. Gli effetti della predisposizione unilaterale.

Quelli appena esposti sono solo esempi di come può essere sfruttata da parte del predisponente l'autonomia privata procedimentale e sono utili per rendere evidenti i rischi di un'aspirazione di tale libertà. Esistono già numerose disposizioni normative finalizzate alla tutela della parte debole⁷⁰³ e dove queste non fossero ritenute sufficienti si può individuare lo spazio applicativo per le clausole generali di buona fede e correttezza sia nello svolgimento delle trattative sia nell'esecuzione del contratto. Ciononostante si ritiene che ulteriori tutele verranno aggiunte in futuro proprio per venire incontro alle esigenze di protezione derivanti dall'utilizzo degli strumenti informatici e dalla possibilità del titolare del sito di commercio elettronico di predisporre interamente il contratto non solo dal punto di vista contenutistico e dichiarativo ma anche sotto il profilo procedimentale.

Da quanto sopra emerge la grande libertà del titolare del sito nella predisposizione del procedimento di formazione che si esplica nelle diverse modalità di formazione del contratto adottate nella prassi e in parte descritte nel capitolo precedente. Nel contesto del commercio elettronico, quindi, l'autonomia privata procedimentale svolge un ruolo di grande rilevanza perché l'imprenditore che include la propria offerta commerciale sul sito internet ha la possibilità di definire in ogni dettaglio il procedimento di formazione del contratto e quindi di creare delle regole che, per chi intende aderire a tale proposta contrattuale, prevalgono addirittura sulle regole stabilite dal codice civile in materia di conclusione del contratto.

⁷⁰³ Rispetto all'assunzione di obblighi sproporzionati, rispetto all'accettazione di clausole vessatorie, rispetto alla conclusione di accordi non meditati, rispetto alla tutela dei dati personali, ecc..

Il destinatario della proposta è quindi posto di fronte ad una alternativa che sembra non ammettere una terza soluzione: o conclude il contratto accettandone sia gli aspetti sostanziali, sia le regole di formazione stabilite dal predisponente, oppure desiste dalla conclusione dell'affare. Si tratta di quello che la dottrina statunitense definisce come *all-or-nothing assent*⁷⁰⁴.

L'interrogativo al quale si vuole cercare di rispondere in questo ultimo capitolo riguarda il caso in cui il destinatario della proposta non rispetti le regole procedurali del proponente. Queste regole procedurali possono essere espresse dettagliatamente dal predisponente nelle condizioni generali di contratto ma potrebbero anche essere implicite; o meglio, espresse per mezzo del linguaggio telematico che consiste nella predisposizione dei passaggi tecnici necessari per arrivare alla visualizzazione del tasto negoziale virtuale e, quindi, per la conclusione del contratto. Quali sono le conseguenze giuridiche di un'accettazione espressa e formulata con modalità difformi rispetto a quelle previste dal soggetto che ha predisposto il sito?

L'interprete, e in particolare il giudice, nel momento in cui si troverà a dovere valutare se e quando un determinato contratto si è concluso dovrà applicare non gli schemi codicistici ma lo schema delineato dal soggetto che ha predisposto il sito. Ovviamente ciò vale fino a che sia rispettato quanto previsto inderogabilmente dalla legge. Per questa ragione, al fine di rispondere alla domanda in oggetto, è necessario in primo luogo evidenziare quali siano i limiti che incontra l'autonomia privata procedimentale nella determinazione del meccanismo di formazione del contratto.

2. I limiti alla predisposizione unilaterale.

I procedimenti formativi originariamente delineati nel codice civile sono oggetto, nel settore dei contratti a distanza, di modificazioni non solo ad opera dell'autonomia privata procedimentale ma anche della normativa speciale prevista a tutela della parte

⁷⁰⁴ Si vedano per esempio: N.S. KIM, *Contract's Adaptation and the Online Bargain*, su *University of Cincinnati Law Review*, 2010, p. 1327; N.V. CHARI, *Disciplining Standard Form Contract Terms through Online Information Flows: An Empirical Study*, su *New York University Law Review*, 2010, 1618; L. CICIRELLI, *Online Shopping: Buy One, Lose Legal Rights for Free*, su *Seton Hall Law Review*, 46 *Seton Hall L. Rev.*, 2016, p. 991.

debole che quindi in molti casi pone limiti alla libertà del predisponente dell'individuare l'iter di formazione del contratto. In particolare si notano nel codice del consumo (aggiornato per effetto della direttiva 2011/83/UE) rilevanti disposizioni che aggravano il procedimento di formazione del contratto: ci si riferisce, per esempio a quanto previsto in relazione ai contratti conclusi tramite telefono e agli obblighi informativi nei contratti a distanza⁷⁰⁵. Nel primo caso il legislatore ha stabilito una specifica forma per la conclusione dell'accordo in mancanza della quale il consumatore non è vincolato dal contratto telefonico⁷⁰⁶. Nei contratti a telematici, invece, il codice del consumo obbliga il professionista a fornire determinate informazioni in modi e tempi particolari e nuovamente stabilisce che se tale obbligo non è adempiuto il consumatore non è vincolato⁷⁰⁷. Il legislatore sanziona quindi con la non vincolatività⁷⁰⁸ il mancato rispetto delle regole di forma, per il *teleselling*, o il difetto di informazione, per i contratti online.

In entrambi i casi si registra un intervento da parte di una legge speciale sul procedimento formativo che tradizionalmente si basa sul codice civile. In tale contesto vengono delineati alcuni requisiti irrinunciabili e imperativi sui quali le parti (e soprattutto il predisponente) non possono incidere nel tentativo di semplificare il meccanismo formativo⁷⁰⁹.

Altra intromissione da parte della normativa di fonte speciale sul procedimento di formazione del contratto telematico si può poi riscontrare nell'obbligo di conferma

⁷⁰⁵ M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016, p. 323.

⁷⁰⁶ Art. 51, comma 6, Cod.Cons: “quando un contratto a distanza deve essere concluso per telefono, il professionista deve confermare l'offerta al consumatore, il quale è vincolato solo dopo aver firmato l'offerta o dopo averla accettata per iscritto”. In relazione al contratto concluso per telefono in base alla normativa in commento si veda A.M. BENEDETTI, *Il contratto non si conclude per telefono: paradossi dell'asimmetria procedimentale*, in *Contratti*, 2017, 3, p. 343.

⁷⁰⁷ Si veda quanto già descritto nel capitolo 3 in merito agli obblighi informativi ed in particolare a quelli relativi all'ordine che implica un obbligo di pagare (Art. 51, comma 2, Cod.Cons.) e al contratto concluso mediante mezzi di comunicazione che consentono uno spazio o un tempo limitati per visualizzare le informazioni (Art. 51, comma 4, Cod.Cons.).

⁷⁰⁸ Sulla qualificazione del concetto di non vincolatività si rinvia al capitolo 3, paragrafo 5, ove si è dato atto dei due contrastanti orientamenti che lo ricollegano alla nullità relativa delle clausole contrattuali (M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016, p. 280), ovvero al contratto inesistente in quanto non concluso per via del mancato rispetto delle regole procedurali inderogabili (A.M. BENEDETTI, *Il contratto non si conclude per telefono: paradossi dell'asimmetria procedimentale*, in *Contratti*, 2017, 3, p. 343).

⁷⁰⁹ A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da BUSNELLI, PATTI, SCALISI e ZATTI, Giappichelli, 2002; M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016, p. 324.

d'ordine⁷¹⁰. Come evidenziato in precedenza⁷¹¹, si discute in dottrina se l'invio della conferma d'ordine rappresenti l'adempimento di un obbligo informativo post-contrattuale, ovvero se esso entri a fare parte dell'iter procedimentale in modo tale che il contratto si possa considerare concluso solo con l'invio (*rectius* la ricezione) della conferma⁷¹². Aderendo a quest'ultima interpretazione si può individuare un altro esempio di aggravamento del procedimento formativo da parte del legislatore in base al quale la conclusione del contratto sarebbe assoggettata al procedimento "offerta + accettazione + conferma d'ordine" invece che al tradizionale "offerta + accettazione". Aderendo viceversa all'orientamento in base al quale la conferma d'ordine rappresenta un'informativa post-contrattuale (come tale estranea al procedimento di formazione del contratto) si riconosce al predisponente la possibilità (e non l'obbligo) di subordinare la conclusione del contratto all'invio di tale conferma lasciando così uno spazio maggiore all'autonomia privata procedimentale; spazio che, peraltro, essa dimostra di essersi arrogata con forza dal momento che, da una rapida osservazione delle condizioni generali riportate nei siti di commercio elettronico, si registrano scelte molto varie in merito all'individuazione del tempo del perfezionamento dell'accordo⁷¹³.

Un limite di ordine differente è poi rappresentato dal diritto di recesso del consumatore. Come già evidenziato si discute se l'esercizio del recesso (o il suo mancato esercizio) incida sulla conclusione stessa del contratto ovvero se intervenga in un momento successivo al perfezionamento dell'accordo⁷¹⁴. Non può però essere messo in discussione il fatto che l'esistenza di tale diritto inderogabile vada ad incidere intrinsecamente su ogni contratto telematico, non solo per il fatto che il venditore deve fornire l'adeguata informazione in merito ma soprattutto perché esso offre una grande tutela al soggetto che aderisce al contratto predisposto subendo la predisposizione unilaterale della controparte.

⁷¹⁰ Di cui all'art. 13 D.Lgs 70/2003, nonché all'art. 51, comma 7, Cod.Cons..

⁷¹¹ Al capitolo 7, paragrafo 9.

⁷¹² Così come suggerito da A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale e formazione del contratto virtuale: annotazioni sull'art. 13 del d.lgs. 70/2003*, in *Dir. Internet*, 2006, 1. Lettura che però, ove fosse confermata in giurisprudenza, creerebbe notevoli problemi pratici dal momento che una porzione significativa dei contratti *online* contengono, all'interno delle condizioni generali, l'espressa disposizione che il contratto si conclude con l'invio dell'ordine e non con la conferma d'ordine.

⁷¹³ Come si emerge dagli esempi di cui al capitolo 12.

⁷¹⁴ Si veda il capitolo 9, paragrafo 8.

Viceversa, se la legge pone limiti ad una eccessiva semplificazione ed anzi talvolta stabilisce specifici aggravati nel procedimento di formazione del contratto, essa non fa altrettanto rispetto all'ipotesi di aggravamento del procedimento. La facoltà del predisponente di imporre appesantimenti procedurali per la conclusione del contratto non sembra infatti conoscere limitazioni. La spiegazione di tale scelta va ricercata nella valorizzazione del principio dell'accordo che, come si vedrà nel seguente paragrafo, viene considerato quale elemento necessario ed imprescindibile del contratto.

3. Segue. L'accordo come limite principale.

Come già evidenziato⁷¹⁵, il principio cardine attorno al quale deve ruotare ogni ragionamento relativo all'autonomia privata procedimentale è il principio dell'accordo. L'accordo è al tempo stesso condizione necessaria e sufficiente per l'esistenza del contratto. È necessario in quanto elemento individuato dall'art. 1325 c.c. ed ancor prima dalla definizione stessa di contratto contenuta nell'art. 1321 c.c. che fa emergere come il contratto sia, in primo luogo un accordo. L'accordo è quindi requisito essenziale per l'esistenza del contratto, prima ancora per la sua validità, e come tale deve rappresentare il parametro centrale per decidere se un contratto si è concluso. Ciò, in particolare, perché è solo con il reciproco consenso che si può legittimare l'intrusione nell'altrui sfera giuridica⁷¹⁶. Ma l'accordo può essere considerato anche come elemento sufficiente del contratto nel senso che ove tra le parti vi sia un accordo allora esiste un contratto ed eventualmente altri vizi potranno incidere sulla validità dello stesso ma non sulla sua esistenza⁷¹⁷.

Le regole procedurali sono in origine stabilite unilateralmente dal soggetto che predispone (all'interno del proprio sito internet) la proposta (o l'invito ad offrire) di

⁷¹⁵ Capitolo 11, paragrafo 2.

⁷¹⁶ A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da BUSNELLI, PATTI, SCALISI e ZATTI, Giappichelli, 2002, pp. 10 e ss..

⁷¹⁷ "Il raggiungimento dell'accordo «sufficiente» per la nascita del contratto, essendo poi necessari alla piena validità dell'atto così concluso dalle parti anche ulteriori (ed oggettivi) requisiti che si affiancano, completandolo, all'accordo raggiunto." (A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da BUSNELLI, PATTI, SCALISI e ZATTI, Giappichelli, 2002, p. 20).

contratto telematico. Tuttavia quando l'altra parte aderisce al contratto -accettando l'offerta al pubblico oppure formulando un'offerta sulla base dell'invito a proporre⁷¹⁸- essa accetta anche le regole procedurali rendendole oggetto di accordo e quindi del vincolo contrattuale tra le parti. Ne consegue che, anche nel contesto dei contratti telematici è il principio dell'accordo che giustifica l'adozione di un procedimento formativo del contratto sostanzialmente differente rispetto agli schemi tipici determinati dal codice civile.

L'accordo rappresenta quindi la legittimazione principale dell'esistenza dell'autonomia privata procedimentale e, allo stesso tempo, anche il suo limite più rilevante. Ecco che quindi è in primo luogo l'applicazione delle norme codicistiche a impedire (rendendoli irrilevanti) procedimenti formativi che, con un eccesso di semplificazione, vanno a sminuire eccessivamente il requisito dell'accordo. Peraltro la *ratio* di garantire il pieno accordo può essere ravvisata anche in tutte le norme di fonte speciale che impongono un aggravamento dell'*iter* al fine di preservare un consenso consapevole da parte del soggetto che aderisce al contratto; esse infatti condividono l'obiettivo di garantire il principio dell'accordo in situazioni nelle quali esso rischia di essere rispettato solo in apparenza perché il consenso espresso è in realtà non del tutto consapevole⁷¹⁹.

Diversamente un aggravamento eccessivo del procedimento di formazione del contratto non andrebbe a pregiudicare il principio dell'accordo. Al più potrà fare dell'accordo un elemento non sufficiente per la nascita del vincolo contrattuale dovendo essere affiancato da altri elementi procedurali⁷²⁰. Peraltro, almeno nell'ambito dei contratti telematici, si può sostenere che l'accordo rimanga elemento sufficiente del contratto perché il contratto si conclude se tra le parti c'è accordo non solo sul contenuto del

⁷¹⁸ A seconda dei diversi meccanismi già descritti.

⁷¹⁹ Tanto vale per i casi appena ricordati del contratto telefonico e degli obblighi informativi nei contratti virtuali ma anche per la specifica approvazione scritta di cui all'art. 1341, comma secondo, c.c..

⁷²⁰ Si veda A.M. BENEDETTI, (*Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da BUSNELLI, PATTI, SCALISI e ZATTI, Giappichelli, 2002, p. 364: "L'accordo quale elemento sufficiente alla nascita del vincolo contrattuale, pare cedere di fronte a deroghe di fonte privata, in ragione di interessi che suggeriscono un aggravamento del procedimento formativo [...] le parti non rischiano di offendere la funzione protettiva dell'accordo quale elemento necessario del contratto, ma si limitano a variare quella che appare più come una regola d'opportunità sancita dal legislatore a tutela non di un interesse superiore dell'ordinamento, ma, appunto, di un interesse individuale dei contraenti che, in quanto tale, permane nella loro disponibilità.". In proposito si veda anche M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016, pp. 325 e ss.

contratto ma anche sul procedimento formativo. Nel momento in cui il predisponente stabilisce (nella propria proposta) che l'accettazione deve essere espressa in una determinata maniera, se la controparte esprime la propria in una forma differente si può ben dire che tra le parti non vi sia un accordo completo. Si è detto che l'adozione di un *iter* procedimentale atipico si basa sull'accordo che viene espresso dall'accettante nel momento in cui sceglie di aderire al meccanismo formativo richiesto dal proponente; allora se l'accettante non si adegua a tale *iter* vuol dire che non c'è un pieno accordo tra le parti e quindi il contratto non si perfeziona proprio per la mancanza di tale elemento. In conclusione vi sono rilevanti limiti normativi ad una eccedente semplificazione del procedimento formativo che derivano sia dai principi del codice civile (dall'accordo soprattutto), sia dalle leggi speciali, ma non vi sono confini analoghi per l'aggravamento del procedimento. Pesanti limitazioni derivano in verità dalle esigenze pratiche ed economiche perché quanto più sarà complesso il meccanismo formativo, tanto meno il destinatario della proposta sarà propenso a concludere l'affare⁷²¹.

4. L'accettazione espressa in maniera difforme.

I limiti all'autonomia privata procedimentale nell'ambito dei contratti telematici, pur presenti, non restringono di molto l'ambito di autonomia delle parti ed infatti il soggetto che predispose il sito gode di una notevole libertà nell'individuazione del meccanismo con il quale perfezionare il contratto. Il giudice, nel valutare se il contratto si è concluso, dovrà quindi necessariamente applicare le regole stabilite dal predisponente (sempre nei limiti di cui sopra). Ma cosa accade quando tali regole non sono rispettate? Quando cioè il destinatario della proposta manifesta la propria adesione sostanziale agli obblighi contrattuali ma lo fa in modo non conforme alle modalità individuate dal proponente.

Una prima risposta viene data dalle stesse caratteristiche tecniche dello strumento utilizzato: dal punto di vista tecnico, se l'utente non esegue anche una sola delle fasi del procedimento, generalmente, egli non potrà visualizzare il tasto negoziale virtuale, e quindi non potrà completare l'*iter* di formazione del contratto così come delineato dal

⁷²¹ Come descritto al capitolo 12, paragrafo 1.

predisponente⁷²². È però possibile che il cliente manifesti la propria accettazione in altro modo, per esempio con una comunicazione trasmessa al proponente. Occorre quindi interrogarsi sugli effetti di un'eventuale accettazione dell'utente espressa con modalità e forma differenti rispetto a quanto richiesto dal titolare del sito.

Dal punto di vista giuridico una simile dichiarazione di accettazione non è idonea a concludere il contratto perché l'adozione dello specifico schema formativo è parte integrante della proposta contrattuale. Tale risposta è suffragata dalla lettura dell'art. 1326, comma quarto, c.c. il quale stabilisce che l'accettazione non è efficace se è data in forma diversa da quella richiesta dal proponente. Nei contratti virtuali in senso stretto⁷²³ la forma richiesta dal proponente è quella informatica che consiste nell'utilizzo del sito internet, nella visualizzazione delle schermate che fanno parte del percorso predisposto dal venditore e nella pressione del tasto negoziale virtuale. Per questa ragione solo quella forma può essere utilizzata dal destinatario della proposta per accettare il contratto.

Non solo l'art. 1326 c.c. ma anche l'applicazione del principio stesso dell'accordo conduce alla medesima soluzione. La proposta del titolare del sito ha un contenuto sostanziale (che costituirà il futuro regolamento contrattuale) ma anche un contenuto che riguarda la formazione del contratto. Il destinatario della proposta, per concludere il contratto deve aderire alla proposta in ogni sua parte e quindi accettare anche le regole procedurali fissate dal predisponente. Ove ciò non avvenisse non si potrebbe dire che vi sia accordo integrale tra le parti sul contenuto della proposta e, quindi, nessun contratto si potrebbe considerare concluso.

L'accettazione d'altronde deve essere conforme alla proposta in ogni sua parte ed il destinatario della proposta ha una scelta: può aderire al contratto, e quindi anche alle

⁷²² «Nella compilazione telematica dell'ordine la difformità è situazione tecnicamente impossibile, poiché se il cliente intende introdurre varianti all'accettazione, il sistema predisposto dal venditore sul sito commerciale non gli consente di concludere il procedimento d'acquisto del bene o del servizio oggetto del contratto. L'oblato, in questi casi, manca di spazio di manovra, sia nei contenuti che nei procedimenti di formazione del contratto.» (A.M. BENEDETTI, *Accettazione «condizionata» e principio di conformità*, su *Contratti*, 2004, 3, p. 221).

⁷²³ Intesi come i contratti che si concludono mediante l'accesso al sito internet e l'utilizzo del pulsante negoziale virtuale, come da definizione di E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010, pp. 38 e ss..

regole di formazione previste dalla controparte, oppure non potrà concludere l'accordo⁷²⁴.

Ne consegue che un'accettazione diversa (per esempio verbale o tramite lettera raccomandata o altra comunicazione) sarebbe apparentemente valida dal punto di vista sostanziale ma in realtà irrilevante sul fronte procedimentale perché non rispetterebbe le regole del proponente. Il potere del proponente di fissare delle regole per l'accettazione rientra nel suo ambito di autonomia privata (procedimentale) e diviene oggetto di accordo tra le parti nel momento stesso in cui l'utente del sito decide di concludere il contratto accettandone sia i contenuti sostanziali sia le regole procedimentali⁷²⁵.

Alla luce di quanto sopra la risposta al quesito qui in analisi va trovata nell'irrelevanza dell'accettazione che non rispetta le regole procedimentali indicate (anche solo implicitamente⁷²⁶) nella proposta. Tale accettazione, irrilevante dal punto di vista procedimentale, non può portare alla conclusione del contratto e, quindi nessun contratto viene ad esistenza⁷²⁷.

Tale soluzione è peraltro suffragata anche dall'interpretazione delle regole procedimentali fissate dal legislatore: in particolare, in mancanza di adempimento di alcuni obblighi informativi il codice del consumo stabilisce la non vincolatività del contratto nei confronti del consumatore. La "non vincolatività" è un termine alieno all'ordinamento italiano che deriva dal recepimento delle direttive di origine europea.

⁷²⁴ Sia in riferimento al contenuto sia allo schema formativo l'utente è messo di fronte ad un'unica scelta, accettare il contratto o rinunciare all'affare. Nella dottrina statunitense si parla di "*all-or-nothing assent*". Si vedano per esempio: N.S. KIM, *Contract's Adaptation and the Online Bargain*, su *University of Cincinnati Law Review*, 2010, p. 1327; N.V. CHARL, *Disciplining Standard Form Contract Terms through Online Information Flows: An Empirical Study*, su *New York University Law Review*, 2010, 1618; L. CICIRELLI, *Online Shopping: Buy One, Lose Legal Rights for Free*, su *Seton Hall Law Review*, 46 *Seton Hall L. Rev.*, 2016, p. 991.

⁷²⁵ Così E. ANGIONI, *Brevi note sui meccanismi di formazione del contratto online*, in *Rivista giuridica sarda*, 2014, p. 51: "Invero, ad orientarsi in quest'ordine di idee, il linguaggio telematico, e specificamente la "cliccata" con cui l'utente mostra di aderire alla proposta contrattuale, si configurano quale forma (pre)determinata dal proponente, necessaria perché la manifestazione della volontà sottostante all'accettazione abbia effetto". Si vedano anche R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 12, p. 2553, ed E. TOSI, *La tutela dei consumatori in internet*, Giuffrè, 2012, p. 173 e ss..

⁷²⁶ È possibile che nelle condizioni contrattuali il predisponente descriva espressamente le fasi procedimentali che devono essere seguite per concludere il contratto ma è anche possibile che egli rimandi al semplice contenuto del sito. In tal caso le regole sono insite nel procedimento tecnico nel quale il destinatario della proposta viene condotto dopo l'accesso al sito.

⁷²⁷ A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da BUSNELLI, PATTI, SCALISI e ZATTI, Giappichelli, 2002, p. 239, nonché p. 322.

La dottrina ha qualificato il rimedio della non vincolatività come irrilevanza degli atti ai fini del perfezionamento del vincolo contrattuale: l'accettazione da parte del consumatore ingannato equivale ad una "non richiesta", ad un comportamento negoziale non tenuto e quindi la fattispecie deve essere equiparata al contratto non concluso⁷²⁸.

Conseguentemente, in analogia a quanto accade in caso di violazione delle regole procedurali stabilite dal legislatore, anche quando tali regole sono fissate dal predisponente esse sono vincolanti in relazione al perfezionamento dell'accordo e il mancato rispetto delle stesse rende irrilevante la dichiarazione contrattuale di accettazione e, conseguentemente, impedisce il perfezionamento del contratto.

⁷²⁸ Si rinvia a quanto già osservato al capitolo 3, paragrafo 5, nonché a G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 290.

BIBLIOGRAFIA

- C. ABATANGELO (a cura di), *Problematiche giuridiche per l'impresa. Un'antologia*, FrancoAngeli Edizioni, 2017.
- D. ACHILLE, *Clausola risolutiva espressa - clausola risolutiva espressa, buona fede in executivis e controllo giudiziale sull'inadempimento*, su *Giur. It.*, 2016, 11, 2364.
- A. ADDANTE, *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, serie diretta da F. Galgano, Cedam, 2016.
- L. ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers e sull'accettazione di un'offerta in internet*, in *Giust. civ.*, 1997, 1, p. 21.
- G. ALPA, *Condizioni generali di contratto*, in *Nuova giur. Civ.*, 1988, II, p. 27.
- E. ANGIONI, *Brevi note sui meccanismi di formazione del contratto online*, in *Rivista giuridica sarda*, 2014, p. 51.
- G. ARANGUENA, *Sospensione di un "account" su "ebay": il contratto telematico b2b tra accettazione "point and click" e tutela dell'accesso al mercato del commercio elettronico*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, 6, p. 1181.
- M. ATELLI, *Il problema della sindacabilità della decisione di esercizio dello jus poenitendi attribuito ex lege al consumatore*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2001, p. 359.
- A.M. AZZARO e P. SIRENA, *Il giudizio di vessatorietà delle clausole*, in GABRIELLI e MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, Utet, 2005.
- F. AZZARRI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, in *Contratti*, 2010, 3, p. 301.
- E. BACCIARDI, *Il nuovo statuto del diritto di ripensamento tra efficienza del mercato e razionalità (limitata) dei consumatori*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, 3, p. 415.
- L. BALESTRA, *Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 3, p. 541.
- E. BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*, su *G. comm.*, 2011, II, p. 286.
- A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, CEDAM, 2017.

- E. BATTELLI, *Contrattazione e condizioni generali di contratto nell'e-commerce*, in *Contratti*, 2010, 2, p. 191.
- E. BATTELLI, *La nuova disciplina degli obblighi informativi nei contratti con i consumatori*, in *Giur. It.*, 2014, 11.
- V. BELLOMIA, *Nuove prospettive in tema di ipoteca giudiziale eccessiva e responsabilità aggravata del credito*, su *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1183.
- A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da BUSNELLI, PATTI, SCALISI e ZATTI, Giappichelli, 2002.
- A.M. BENEDETTI, *Accettazione «condizionata» e principio di conformità*, su *Contratti*, 2004, 3, p. 221.
- A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale e formazione del contratto virtuale: annotazioni sull'art. 13 del d.lgs. 70/2003*, in *Dir. Internet*, 2006, 1.
- A.M. BENEDETTI, *L'autonomia privata procedimentale nella formazione del contratto virtuale*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di F. RUSCELLO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 110.
- A.M. BENEDETTI, voce «Recesso del consumatore», in *Enc. del dir., Annali IV*, Giuffrè, 2011.
- A.M. BENEDETTI, *La difesa del consumatore dal contratto: la natura ambigua dei recessi di pentimento*, in *Annuario del Contratto 2011*, diretto da V. Roppo e A. D'Angelo, Giappichelli, 2011, p. 8
- A.M. BENEDETTI, *Autonomia di procedimenti formativi? La vicenda del «preliminare di preliminare»*, in *Dir. civ. cont.*, 11 maggio 2015.
- A.M. BENEDETTI, *L'abuso dei (e nei) rimedi contrattuali*, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. VISINTINI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- A.M. BENEDETTI, *Il contratto non si conclude per telefono: paradossi dell'asimmetria procedimentale*, in *Contratti*, 2017, 3, p. 343.
- G. BERRINO, *La nullità virtuale*, in *Il diritto Privato delle Sezioni Unite*, a cura di A.M. BENEDETTI, Vol. 1, *Contratto e responsabilità*, LaTribuna, 2015.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il Contratto*, 2 ed., Giuffrè, 2000.
- R. BORRUSO, *Computer e diritto*, Giuffrè, 1988.

- F. BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Giuffrè, 2007.
- F. BRAVO, *Contratto cibernetico*, in *Dir. informatica*, 2011, 2, p. 169.
- F. BUFFA, *Il consumatore elettronico. Comportamenti e strategie*, in *Dir. Internet*, 2006, p. 5.
- G. BUONOMO e A. MERONE, *La scrittura privata informatica: firme elettroniche, valore probatorio e disconoscimento in giudizio (alla luce delle modifiche introdotte dalla l. 221/2012)*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, p. 258.
- A. CALALUNA, *L'abuso del diritto come principio generale del nostro ordinamento*, nota a Cass. Civ., sent. 18.9.2009, n. 20106, pubblicato su *altalex.it* in data 12 gennaio 2010.
- C. CAMARDI, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche*, in V. RICCIUTO e N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Cedam, 2002.
- G. CARIDI, *Introduzione alla elaborazione automatica dei dati per le decisioni economiche e finanziarie*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.
- G. CASSANO e I.P. CIMINO, *Contratto con Internet e tutela della parte debole*, in *Contr.*, 2002, 869.
- M. CENINI e A. GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, su *Corriere Giur.*, 2011, 1, p. 109.
- C. CEVENINI e G. ZICCARDI, *The legal framework of digital signature in Italy*, su *Cyberspace and law*, 2000, p. 193.
- N.V. CHARI, *Disciplining Standard Form Contract Terms through Online Information Flows: An Empirical Study*, su *New York University Law Review*, 2010, 1618.
- M.L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica, segmenti normativi e ricostruzione unitaria*, Giuffrè, 2016.
- A. CICCIA MESSINA e N. BERNARDI, *Privacy e Regolamento europeo*, Wolters Kluwer, 2016.
- L. CICIRELLI, *Online Shopping: Buy One, Lose Legal Rights for Free*, su *Seton Hall Law Review*, 46 *Seton Hall L. Rev.*, 2016, p. 991.
- I.P. CIMINO, *Sospensione ingiustificata dell'account di vendita ed inadempimento di ebay*, in *Contratti*, 2011, 4, p. 352.

- C. CONFORTINI, *Il recesso di pentimento*, in *Corriere Giur.*, 2014, 7, All. 1, p. 19.
- R.S. CONKLIN, *Be careful what you click for: an analysis of online contracting*, su *loyola consumer law review*, 2008, p. 325.
- G. CORASANITI, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. VISINTINI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- C. CORRADO OLIVA, *L'abuso del diritto in ambito tributario tra onere di allegazione e onere della prova*, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. VISINTINI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- M. CRISOSTOMO, nota a Pret. Trento, 28 aprile 1995, su *Foro It.*, 1996, I, c. 1885.
- V. CUFFARO, *Profili di tutela del consumatore nei contratti online*, in G. FINOCCHIARO e F. DELFINI, *Diritto dell'informatica*, UTET 2014, p. 378.
- V.V. CUOCCI, *Contratti online e il mercato unico digitale: l'approccio (minimalista) del legislatore europeo in materia di clausole abusive*, in *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, a cura di A. ADDANTE, in *Le monografie di Contratto e impresa*, serie diretta da F. Galgano, Cedam, 2016, p. 77.
- G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, 1, 5.
- G. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 1, p. 10040.
- G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, II ed., Cedam, 2013.
- G. DE MARZO, *Totocalcio, clausole vessatorie ed esclusione della specifica approvazione per iscritto*, su *Contratti*, 2003, 5, 453.
- G. DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, in SACCO e DE NOVA, *Il Contratto*, I, Utet, 2004, pp. 361
- F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, in *Tratt. di diritto dell'economia* diretto da E. Picozza e E. Gabrielli, Vol. I, Cedam, 2004.
- F. DELFINI, in D. VALENTINO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- T. DELLA MASSARA, *Dal dolo generale alle moderne teorie sull'abuso del diritto*, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. VISINTINI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 127.

- L. DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali*, Giuffrè, 2008.
- A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Giappichelli, 1996.
- G. DORE, *I doveri di informazione nella rete degli scambi telematici*, in *Giur. Merito*, 2013, 12, p. 2569B.
- H. EIDENMULLER, *Why withdrawal rights?*, *European Review of Contract Law*, 2011, 1, p. 1.
- M. FARNETI, *La vessatorietà delle clausole principali nei contratti del consumatore*, Cedam, 2009
- R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 12, p. 2553.
- G. FINOCCHIARO, *Firme elettroniche e firma digitale*, in G. FINOCCHIARO e F. DELFINI, *Diritto dell'informatica*, UTET, 2014.
- G. FINOCCHIARO, *Una prima lettura del reg. ue n. 910/2014 (c.d. eidas): identificazione on line, firme elettroniche e servizi fiduciari*, su *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2015, 3, p. 419.
- G. FINOCCHIARO, *La conclusione del contratto telematico mediante i "software agents": un falso problema giuridico?*, in *contratto e Impresa*, 2002, 2, p. 500.
- L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in internet*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.
- V. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, Maggioli, 1989.
- G. FRANSONI, *Appunti su abuso di diritto e "valide ragioni economiche"*, in *Rass. Tributaria*, 2010, 4, 932.
- M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, Vol. 1, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, Artt. 1372-1373, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, 2013.
- A. FUSARO, *Sulla vendita "porta a porta" (con particolare riguardo alla vendita di valori mobiliari)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 350.
- C.F. GABBA, *Il telefono nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I.
- M.M. GAETA, *Comportamenti contrari alla buona fede oggettiva e risarcimento del danno*, su *Contratti*, 2001, 8-9, 791.
- P. GALDIERI, *Il domicilio informatico: l'interpretazione dell'articolo 615-ter c.p. tra ragioni di carattere sistematico e forzature*, in *Dir. Informatica*, 2013, 1, p. 88.

- F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, su *Contr. e Impr.*, 2011, ripubblicato in *L'abuso del diritto*, a cura di G. VISINTINI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- F. GALLO, *L'abuso del diritto come strumento provvisorio di contrasto al mobbing*, in *Lavoro nella Giur.*, 2008, 3, p. 237.
- F. GALLO, *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. VISINTINI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Giuffrè, 1997.
- A.M. GAMBINO e A. STAZI, *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, Giappichelli, 2009.
- A. GAMBINO e G. NAVA, *I nuovi diritti dei consumatori: commentario al d. lgs. 21/2014*, Giappichelli, 2014.
- A. GENTILI, *Inefficacia e vizi della volontà della contrattazione telematica*, in V. RICCIUTO e N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Cedam, 2002.
- A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 354.
- A.E. GHIRARDELLI, *Rules of engagement in the conflict between businesses and consumers in online contracts*, su *Oregon Law Review*, 2015, p. 719.
- E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Cedam, 1997.
- A. GIOVANNINI, *Il divieto d'abuso del diritto in ambito tributario come principio generale dell'ordinamento*, in *Rass. Tributaria*, 2010, 4, 982.
- C. GRANELLI, *"Diritti dei consumatori" e tutele nella recente novella del codice del consumo*, in *Contratti*, 2015, 1, p. 59.
- S. GRUNDMANN, P. HACKER, *Digital technology as a challenge to european contract law. From the existing to the future architecture*, su *European Review of Contract Law*, 2017, 3, p. 255.
- J. HURWITZT, *Trust and online interaction*, su *University of Pennsylvania Law Review*, 2012-2013, p. 1579.
- N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 347.
- N. IRTI, *Norma e luoghi, problemi di geo-diritto*, Laterza, 2001.

- A. JAROSZEK, *European online marketplace - new measures for consumer protection against "old conflict of laws rules"*, 9 *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2015, p. 21.
- N.S. KIM, *Contract's Adaptation and the Online Bargain*, su *University of Cincinnati Law Review*, 2010, p. 1327.
- D. LAMANNA DI SALVO, *La tutela del consumatore nell'ordinamento italiano tra strumenti privatistici e pubblicistici*, in *Giur. merito*, 2013, 12, p. 2658B.
- M. LEO, *Abuso del diritto e interventi legislativi possibili*, in *Fisco*, 2009, 18 - parte 1, 2839.
- C. LEONE, *Transparency revisited - on the role of information in the recent case-law of the CJEU*, su *European Review of Contract Law*, 2014, 2, p. 312.
- G. LENER e R. BOCCHINI, *Gli elenchi di clausole vessatorie*, in GABRIELLI e MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, Utet, 2005.
- C.P. MARKS, *Online and as is*, su *Pepperdine Law Review*, 2017, p. 1.
- A. MASTRORILLI, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*, su *Danno e Resp.*, 2010, 4, 347.
- C. MEDICI, *Clausole vessatorie, cliente-consumatore e cliente-impresa*, in *Contratti*, 2017, 2, 161.
- D. MEMMO, in G. FINOCCHIARO e F. DELFINI, *Diritto dell'informatica*, UTET 2014
- G. MILIZIA, *La mailbox della banca online è un supporto durevole su cui trasmettere le informazioni al cliente?*, su *Diritto & Giustizia*, 2017, 15, p. 53.
- E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. del contratto*, a cura di ROPPO, IV, *Rimedi-1*, 2006.
- E. MINERVINI, P. BARTOLOMUCCI, *La tutela del consumatore telematico*, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- A. MINUSSI, *Riproduzione di un documento informatico e clausole vessatorie*, in *Dir. internet*, 2006, 445.
- P. MONTELEONE, *Clausola di recesso ad nutum dal contratto e abuso del diritto*, su *Giur. It.*, 2010, 556.

- G. NAVONE, *La specifica approvazione di clausole vessatorie nei contratti conclusi on line: osservazioni a margine dell'ordinanza del Tribunale di Catanzaro 18-30 aprile 2012 su Ilcaso.it*, in data 2.7.2012.
- S. NOBILE DE SANTIS, *Contratto in genere - «sul ruolo della buona fede oggettiva in presenza di una clausola risolutiva espressa»*, su *Nuova Giur. Civ.*, 2016, 4, p. 513.
- G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, I, 525.
- A. ORESTANO, *Schemi alternativi*, in *Trattato del Contratto* di V. ROPPO, Vol. I, *Formazione*, a cura di C. GRANELLI, Giuffrè, 2006.
- M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, su *Riv. Dir. Civ.*, 2010, 2, 20147.
- S. PAGLIANTINI, *La forma informativa nei c.d. scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore (a proposito di C giust. CE, 3 settembre 2009, C-489/07)*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di PAGLIANTINI, Giappichelli, 2010.
- S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del D.Lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *Contratti*, 2014, 8-9, p. 796.
- G. PALERMO, *Preliminare – l'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, in *Giur. It.*, 2015, 5, p. 1064.
- V. PANDOLFINI, *Contratto on line e clausole vessatorie: quale firma (elettronica)?*, in *Contratti*, 2013, 1, 41.
- R. PARDOLESI, *Nuovi abusi contrattuali: tipici e atipici*, in *Danno e resp.*, 2017, 2, p. 137.
- G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Il Mulino, 2003.
- G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard, Art. 1337-1342*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, 1993.
- E. PELINO, *I diritti dell'interessato*, in BOLOGNINI, PELINO e BISTOLFI (a cura di), *Il nuovo regolamento privacy europeo, Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Giuffrè, 2016.
- M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Dir. Informatica*, 6, 2004, p. 805.

- I. PEPE, *Clausola risolutiva espressa - le clausole risolutive espresse alla prova della buona fede*, su *Giur. It.*, 2016, 11, 2364
- G. PERLINGERI e F. LAZZARELLI, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016.
- A.R. POPOLI, *Social network e concreta protezione dei dati sensibili: luci ed ombre di una difficile convivenza*, in *Dir. dell'Informazione e dell'Informatica*, 2014, 6, p. 981.
- F. RAPISARDA, *Divieto di abuso del diritto per fronteggiare le "frodi carosello"*, in *Fisco*, 2015, 5, 469.
- A. REINSADLER e A. REINALTER, *Contratti internazionali online e clausola attributiva di competenza – requisiti di forma di clausole attributive di competenza concluse online*, in *Giur. It.*, 2015, 10, 2099.
- F. RENDE, *Il recesso comunitario dopo l'ultima pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2009, II, p. 525.
- F. RENDE, *Nuove tecniche di condizionamento delle scelte di consumo e rimedi conformativi del regolamento contrattuale*, in *contratti*, 2012, 8, p. 735.
- P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (una significativa rimeditazione delle sezioni unite)*, su *Corriere Giur.*, 2008, 6, p. 745.
- P. RESCIGNO, *Un nuovo caso di abuso del diritto*, su *Giur. It.*, 2011, 4, p. 794.
- P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto nel quadro dei principi generali*, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. VISINTINI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- A. RICCI, *I diritti dell'interessato*, G. FINOCCHIARO (opera diretta da), in *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli, 2017.
- F. RICCI, *Le clausole vessatorie nei contratti on line*, in *Contratto e impresa Europa*, 2014, 2, p. 651.
- S. ROMANO, *Abuso del diritto*, c) *Diritto attuale*, in *Enc. dir.*, I, Giuffrè, 1958.
- V. ROPPO, *Contratti standard, Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Giuffrè, 1975.
- V. ROPPO, *Offerta al pubblico di valori mobiliari e tecniche civilistiche di protezione dei risparmiatori-investitori*, in *Giur. It.*, 1983, IV, c. 208.

- V. ROPPO, *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. Giur.*, VI, 1996.
- V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, su *Riv. Dir. Priv.*, 2004, p. 747.
- V. ROPPO e G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e Resp.*, 2006, 1, p. 25.
- V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno resp.*, 2008, 5, p. 536.
- V. ROPPO, *From consumer contracts to asymmetric contracts: a trend in european contract law?*, su *European Review of Contract Law*, 2009, 3, p. 304.
- V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, III edizione, Giappichelli, 2011.
- V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, 2011.
- V. ROPPO, *Diritto privato*, III ed., Giappichelli, 2013.
- C. ROSSELLO, *Commercio elettronico. La governance di Internet tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Giuffrè, 2006, p. 141
- E. RUGGIERO, *Il contratto telematico*, Edizioni Simone, 2003
- L. SALCIARINI, *L'abuso del diritto entra in condominio*, in *Immobili e proprietà*, 2013, 6.
- L. SANDRI, *Il contratto di e-commerce B2B*, in AA.VV., *I contratti di internet*, a cura di A. Lisi, Utet, 2006,
- G. SANTOSUOSSO, *Il codice internet e del commercio elettronico. Aspetti giuridici di rilevanza civilistica*, CEDAM, 2001.
- G. SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?*, in *Contratto e impresa*, 2002, 2, p. 465.
- F. SCAGLIONE, *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica*, su *Giur. It.*, 2010, 556.
- F. SCAGLIONE, *L'abuso del diritto tra buona fede in executivis e causa del contratto*, in *Nuova giur. Civ.*, 2017, 1, p. 24.

- F. SCARDINO, *Il contratto di sale and lease back tra causa in concreto e cautela marciana*), su *Corr. giur.*, 2016, p. 486.
- C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e la rappresentanza*, in *Diritto Civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, *Il contratto in generale, Vol. III, Obbligazioni*, Giuffrè, 2009, p. 217.
- C. SICILIOTTI, *Breve il passo dall'abuso di diritto alla nullificazione del diritto*, in *Fisco*, 2009, 18 - parte 1, p. 2842.
- P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Tratt. del contratto* diretto da V. Roppo, III, *Gli effetti*, a cura di M. Costanza, Giuffrè, 2006.
- E. TOSI, *I problemi giuridici di internet*, I ed., Giuffrè, 1999.
- E. TOSI, *Contrattazione telematica e conclusione del contratto*, in C. ROSSELLO, G. FINOCCHIARO e E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, Giappichelli, 2003.
- E. TOSI, *Diritto privato dell'informatica e di internet*, Giuffrè, 2006.
- E. TOSI, *Contratti telematici, informatici e virtuali*, Giuffrè, 2010.
- E. TOSI, *Diritto privato dell'informatica e di internet*, Giuffrè, 2010.
- E. TOSI, *La tutela dei consumatori in internet*, Giuffrè, 2012.
- E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Contratto e impresa*, 2014, 6, p. 1264.
- D. VALENTINO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- L. VIGNUDELLI, *Contrattazione telematica e intermediazione finanziaria*, Giappichelli, 2009.
- G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.
- G. VISINTINI, *L'abuso del diritto come illecito aquiliano*, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. VISINTINI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- S. WHITTAKER, *Unfair contract terms and consumer guarantees: the proposal for a directive on consumer rights and the significance of full harmonisation*, su *European Review of Contract Law*, 2009, 2, p. 223.

G.I. ZEKOS, *Legal problems of commercial transactions in cyberspace: an overview*, su *Cyberspace and Law*, 2001, p. 123.