

Medenize ke nom

PROF.SSA POLISTTI

FILE 1

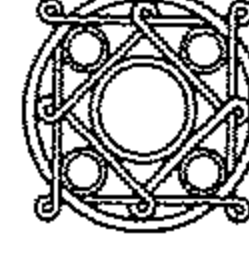
F. ASTONE - P. BARTOLOMUCCI - R. BOCCHINI - G. CAPO - R. CATALANO
L. CECCONI - G. CIACCI - A. CONTALDO - G. DALIA - F. DELFINI
M. DONA - S. FIORENTINO - E. FORGILLO - F. LUCAFÒ - E. MINERVINI
M. MONTANARI - A. PARALUPI - T. PASQUINO - G. PERLINGIERI
L. RUGGERI - F. SBORDONE - S. SICA - D. VALENTINO

MANUALE DI DIRITTO DELL'INFORMATICA

a cura di

DANIELA VALENTINO

seconda edizione



Edizioni Scientifiche Italiane

B. Il tempo e il luogo di perfezionamento del contratto telematico

Giovanni Perlingieri

1. Le diverse modalità di conclusione del contratto e gli artt. 12 e 13 del d.lg. 9 aprile 2003, n. 70

L'accordo telematico, come qualsiasi altro accordo¹, si può formare secondo diverse modalità: a) secondo lo schema «tradizionale», risultante dal combinato disposto di cui agli artt. 1326 e 1335 c.c. e caratterizzato dallo scambio tra proposta e accettazione in negoziazioni individualizzate via e-mail (questo schema è, per lo più, utilizzato nelle negoziazioni P2P e B2B, ma non è da escludere, come visto, nel caso, ad es., di contratti B2C) b)

Modalità
di conclusione
dell'accordo

¹ Giova ricordare che ai sensi dell'art. 1321 c.c. il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale. Dalle parole-chiave della definizione - «accordo» e «rapporto [...] patrimoniale» - è agevole rendersi conto dell'ambito di fenomeni che il diritto riunisce nella nozione: qualsiasi accordo, a prescindere dalla modalità tecnica di perfezionamento utilizzata, è qualificabile come contratto se il rapporto sul quale verte ha contenuto patrimoniale; il che si verifica, in sostanza, ogni volta che un accordo (inteso quale negozio giuridico bilaterale) abbia ad oggetto un bene, ovvero una «cosa», materiale o immateriale, suscettibile di valutazione economica: denaro, diritti, prestazioni nel senso dell'art. 1174 c.c. (il patrimonio), ad es., come gli accordi sull'indirizzo della vita familiare sono da qualificarsi non già contratti, ma meri negozi giuridici bilaterali, poiché in essi manca, per lo più, il carattere patrimoniale). L'essenza stessa del contratto è racchiusa nel consenso raggiunto da almeno due parti. Dunque, per accordo si intende il c.d. *in idem placitum*, cioè l'incontro delle volontà dei contraenti (c.d. volontà comune) su un assetto disciplinare che realizza i loro interessi o, se si preferisce, lo scambio dei consensi tra due o più parti al fine della costituzione di una «comune intenzione» (art. 1362, comma 1, c.c.). Quest'ultima deve essere manifestata mediante una proposta ed una accettazione, ovvero mediante dichiarazioni precontrattuali che (espresse o tacite che siano) si combinano in un'unica decisione e determinano un'unità di intenti (c.d. unità del negozio giuridico) su un assetto disciplinare che realizza interessi, pur contrapposti, delle parti. Se si tratta di persone presenti, l'unità di tempo e di luogo dell'accordo rende superflua una specifica regolamentazione che, invece, risulta necessaria qualora lo scambio dei consensi avvenga tra persone distanti. Si pensi al contratto concluso per via epistolare o al contratto telematico, per i quali appare incerto sia il luogo, sia il tempo della conclusione; si pensi, altresì, al contratto concluso telefonicamente, ove, fermo restando l'unità di tempo (il momento della conclusione del contratto è lo stesso di un contratto tra presenti), occorre stabilire quale sia il luogo nel quale si è perfezionato l'accordo.

Parte della dottrina, tuttavia, come si vedrà anche *infra* al § 6, considera l'accordo o consenso soltanto *in*to dei «criteri di riferimento» del regolamento d'interessi ad almeno due parti. Ciò comporterebbe il ripensamento della nozione di contratto posto che la bilateralità non preterirebbe necessariamente un accordo (v., ad esempio, l'art. 1395 c.c.).

secondo lo schema - prevalente - dell'offerta al pubblico (art. 1336 c.c.), il quale è lo schema principe nelle negoziazioni in ambiente *world wide web* (c.d. *point and click*) e si utilizza, prevalentemente, nelle contrattazioni B2C e per il quale, come visto, non è da escludere *a priori* un rapporto a carattere individuale e personalizzato; c) secondo lo «schema» dell'invito a proporre, il quale può sfruttare qualsiasi tecnica di comunicazione; d) secondo lo schema del comportamento concludente ex art. 1327 c.c., il quale, pure, può essere utilizzato con qualsiasi tecnica di comunicazione a distanza; e) per il contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, secondo lo schema dell'art. 1333 c.c., il quale, invece, come lo schema *sub a*) non può che essere utilizzato mediante tecniche comunicative del tipo *e-mail*.

Prima di affrontare analiticamente le diverse modalità di conclusione del contratto telematico elencate, sembra necessario chiarire alcune regole «generali» desumibili dal d.lg. n. 70 del 2003, attuativo della dir. 2000/31/CE, e riguardanti il procedimento formativo dei contratti telematici B2B e B2C?

In particolare gli artt. 12 e 13 del decreto cit. attuano nel nostro ordinamento quanto nella direttiva dedicato alla stipulazione dei contratti telematici, ossia la fase informativa precedente alla stipulazione del contratto telematico (art. 10 dir., art. 12 d.lg.) e la fase dell'inoltro mediante *Internet* (art. 11 dir., art. 13 d.lg.), attuativi a loro volta dei c.dd. *Principi Acquis* del 2002 (artt. 2:205, 2:301, 4:108).

L'art. 13, comma 1, d.lg. n. 70 del 2003 (rubricato: «*Inoltro dell'ordine*»), come da tempo auspicato da parte della dottrina, recita: «Le norme sulla conclusione del contratto si applicano anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione inoltri il proprio ordine per via telematica». Il comma 2, tuttavia, osserva: «*Salvo differente accordo*

² Si ricorda, tuttavia, che il d.lg. in oggetto, ai sensi dell'art. 11, «non si applica a: a) contratti che istituiscono o trasferiscono diritti relativi a beni immobili, diversi da quelli in materia di locazione; b) contratti che richiedono per legge l'intervento di organi giurisdizionali, pubblici poteri o professioni che implicano l'esercizio di pubblici poteri; c) contratti di fideiussione o di garanzie prestate da persone che agiscono a fini che esulano dalle loro attività commerciali, imprenditoriali o professionali; d) contratti disciplinati dal diritto di famiglia o di successione», sembra necessario approfondire gli artt. 12 e 13 aventi ad oggetto taluni obblighi informativi e procedurali riguardanti la contrattazione telematica e, ovviamente, applicabili a tutte le contrattazioni telematiche non rientranti, ai sensi dell'art. 11, nelle ipotesi *sub a)*, *b)*, *c)*, *d)*. Nell'ipotesi *sub a)*, tuttavia, si annida un rischio di infrazione della *ratio* della normativa in esame. Infatti, nel caso di comunicazioni commerciali per via elettronica, relative all'offerta di appartamenti in qualche località turistica si vedrebbe, impropriamente, la non applicazione alla fattispecie delle norme in questione. In base alla direttiva, tale fattispecie dovrebbe, altresì, obbedire ai vincoli degli artt. 6 e 7 (tradotti negli artt. 8 e 9 del d.lg. in commento). Forse al legislatore italiano in fase di attuazione della direttiva veniva chiesto soltanto di scegliere fra consentire o precludere la conclusione per via telematica di quelle tipologie di contratti; giammai di scegliere fra assoggettarli o non assoggettarli alla disciplina della direttiva, e quindi del decreto che le recepisce.

delle parti diverse dai consumatori, il prestatore deve, senza ingiustificato ritardo e per via telematica, *accusare ricevuta dell'ordine del destinatario* contenente un *riepilogo* delle condizioni generali e particolari applicabili al contratto, le informazioni relative alle caratteristiche essenziali del bene o del servizio e l'indicazione dettagliata del prezzo, dei mezzi di pagamento, del ricorso, dei costi di consegna e dei tributi applicabili». Così il comma 3: «l'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti alle quali sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi», ovvero quando giungono all'indirizzo del destinatario, abbia o no questi effettivamente avuto notizia dell'ordine e della ricevuta (presunzione di conoscenza ex art. 1335 c.c.).

In particolare, dai commi 2 e 3 dell'art. 13, si evince che:

1) *L'ambito di applicazione soggettivo* dell'obbligo di invio della ricevuta dell'ordine del destinatario è ampio poiché si riferisce, indifferentemente, sia ai contratti tra imprenditori e consumatori (B2C), sia ai contratti tra imprenditori (B2B). Tuttavia, nell'un caso (B2C) l'obbligo è inderogabile, nell'altro (B2B) le parti possono accordarsi diversamente. Sì che quando una delle parti assume la qualità di consumatore, a prescindere dalla modalità di conclusione utilizzata (ad es., artt. 1326, 1327, 1336, 1333), se l'accordo prevede una deroga all'obbligo di accusare ricevuta dell'ordine questa non ha effetto. Viceversa, nelle altre fattispecie negoziali, caratterizzate da parti di uguale «*status*» (si pensi ad un contratto B2B), è possibile derogare patteziamente all'obbligo di cui all'art. 13, comma 2, d.lg. n. 70 del 2003.

2) «L'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti alle quali sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi», quindi non già quando ne avranno *effettivamente* conoscenza, ma se si troveranno nella possibilità di averne notizia, ossia nel momento in cui l'ordine e la ricevuta giungeranno all'indirizzo telematico (c.d. *domicilio informatico o virtuale*) del destinatario (presunzione di conoscenza ex art. 1335 c.c.).

3) L'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti non quando giungono effettivamente «a conoscenza» del destinatario, ma quando la parte, alla quale è indirizzata, ha la possibilità di accedervi. Tuttavia, l'invio della ricevuta dell'ordine del destinatario di regola non incide sulla formazione del contratto e sulla conclusione dell'accordo. Ciò per una serie di ragioni, tra le quali: a) l'art. 13, comma 1, d.lg. n. 70 del 2003 rinvia alle norme del codice civile, dimostrando di non voler stravolgere le tradizionali modalità di conclusione del contratto; b) l'art. 13, comma 2, del medesimo d.lg. discorre di mero «*riepilogo*» in termini oggettivi di un affare già determinato, sì che l'inoltro assume una funzione probatoria e informativa (come si dirà post-negoziale); c) tale soluzione è maggiormente garante della c.d. certezza del diritto sia perché è adeguata alle peculiarità del mezzo telematico, il quale richiede il metodo della conferma delle comunicazioni, dei comportamenti e di qualsivoglia messaggio, sia perché trasforma in obbligo giuridico una prassi già consolidata nel mondo delle telecomunicazioni. Sì che

l'accordo, come si vedrà, salvo casi particolari (v. *infra*, gli artt. 1327, 1333 c.c.), è concluso nel momento e nel luogo in cui l'accettazione giunge all'indirizzo telematico del destinatario (artt. 1326, 1335 c.c.), dunque, in un momento *anteriore* all'invio dell'ordine e la ricevuta suddette le quali assumono, normalmente, una funzione meramente riepilogativa. La conferma del proponente (c.d. ricevuta dell'ordine del destinatario), quindi, è, per lo più, un obbligo accessorio e successivo all'accordo e alle regole di diritto comune in materia di formazione del contratto, perché l'eventuale inadempimento non interferisce con il perfezionamento del contratto, il quale ha luogo indipendentemente dall'osservanza di esso. Talché, a differenza di quanto sostiene parte della dottrina³, l'obbligo di accusare ricevuta, ai sensi dell'art. 13, comma 2, d.l.g. n. 70 del 2003, è da collocare nell'ambito degli obblighi di informazione post-negoziali, ovvero nell'alveo della clausola generale della buona fede e dell'obbligo di correttezza che caratterizza qualunque rapporto contrattuale, dal suo nascere al suo divenire (artt. 1337, 1375, 1175, 1366 c.c.). Il contratto, salvo casi particolari (v. *infra*, le ipotesi previste dagli artt. 1327, 1333 c.c.), è concluso quando l'accettazione dell'oblato giunge all'indirizzo (come si vedrà, informatico o virtuale) del proponente. Dunque, la ricevuta dell'ordine del destinatario (contenente: un riepilogo delle condizioni generali e particolari applicabili al contratto, le informazioni relative alle caratteristiche essenziali del bene o del servizio, l'indicazione dettagliata del prezzo, dei mezzi di pagamento, del recesso, dei costi di consegna e dei tributi applicabili), non è uno strumento che opera nella fase anteriore all'accordo (ex art. 1337 c.c.) o un mezzo costitutivo dell'accordo stesso, ma, prevalentemente, un mero **strumento informativo post-negoziale** (*rectius*, successivo al perfezionamento dell'accordo).

Ciò, beninteso, di regola, poiché non è da escludere che qualora, ad esempio, il sito *Internet* valga quale mero invito ad offrire ed è il navigatore a formulare la proposta, il prestatore potrebbe, proprio tramite l'invio dell'ordine, accettare la proposta e concludere l'accordo. Tuttavia, qualora il prestatore accetti semplicemente senza *riepilogare* «le condizioni generali e particolari applicabili al contratto, le informazioni relative alle caratteristiche essenziali del bene o del servizio e l'indicazione dettagliata del prezzo, dei mezzi di pagamento, del recesso, dei costi di consegna e dei tributi applicabili», dovrà, altresì, necessariamente inviare l'invio dell'ordine quale conferma probatoria dell'accordo concluso e, allora, tale invio ritornerà ad assumere la funzione propria ed originaria, ovvero di informazione o conferma successiva all'accordo.

³ Secondo parte della dottrina il contratto è da ritenere perfezionato nel momento in cui il destinatario del servizio ha ricevuto, tramite *e-mail*, da parte del prestatore, «senza ingiustificato ritardo», la ricevuta di ritorno dell'accettazione del destinatario del servizio.

Per quanto concerne le informazioni che il prestatore⁴ dei servizi *on-line* deve previamente fornire alla controparte cui propone la stipulazione del contratto per via telematica, l'art. 12 d.l.g. n. 70 del 2003 (rubricato: «*Informazioni dirette alla conclusione del contratto*») indica quali siano le informazioni minime che devono essere comunicate prima che il destinatario del servizio inoltri il proprio ordine. Pertanto sono previsti ulteriori⁵ obblighi di informazione a carico dei prestatori di beni e servizi, da porre in essere, questa volta, prima dell'inoltro dell'ordine (ovvero prima del raggiungimento dell'accordo). Tali obblighi pre-negoziali (o precontrattuali, i quali rientrano nell'ambito della clausola generale della buona fede, ex art. 1337 c.c.) sono inderogabili per i consumatori, derogabili, invece, previo accordo, se le parti non sono consumatori. Sì che la disposizione è orientata a tutelare, per lo più, i consumatori (c.dd. contraenti deboli) e garantire la loro conoscenza o conoscibilità nelle singole fasi della conclusione, dell'archiviazione e dell'accessibilità del contratto. Il provvedimento dispone che «oltre agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi, nonché a quelli stabiliti dall'articolo 3 del decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185 (ora art. 52 cod. cons.), il prestatore, salvo diverso accordo tra parti che non siano consumatori, deve fornire in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio, talune informazioni» (sul punto v. *infra*, pt. IV, cap. III, § 5). Al comma 3 dell'art. 12 è previsto, altresì, l'obbligo per il prestatore di rendere disponibili al destinatario le informazioni, le clausole e le condizioni generali del contratto, «in modo che gli sia consentita la memorizzazione e la riproduzione» (non è richiesta, invece, la forma scritta dell'informazione, che avrebbe sollevato il problema della necessità della firma digitale per la sua validità. Problema oggi, comunque superato dall'efficacia formale estesa alle *firme elettroniche deboli* introdotte dal d.l.g. n. 10 del 2002; sul punto si rinvia a pt. IV, cap. XI).

La normativa in esame (artt. 12 e 13), tuttavia, prevede una disciplina diversa non soltanto, come visto, in base alla qualità dei contraenti (B2B; B2C), ma in ordine alla differente tecnica di comunicazione utilizzata. Risulta applicabile, infatti, soltanto ai contratti per adesione o di massa (ossia quei contratti conclusi da un aderente che, mediante accesso al sito, invia, senza negoziare, un ordine al prestatore di servizi), e non già a quei contratti conclusi attraverso mezzi di comunicazione individualizzata (si

⁴ «Prestatore» è colui che presta un servizio della società dell'informazione, ossia svolge *on-line* la propria attività economica.

⁵ Questa norma, infatti, integra gli obblighi di informazione previsti per specifici beni e servizi, nonché quelli stabiliti dall'art. 3 d.l.g. 22 maggio 1999, n. 185, recante attuazione dir. 1997/7/CE, relativa alla «protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza» (v. *infra*, pt. IV, cap. III, § 5).

pensi ad uno scambio via *e-mail* o tramite altri mezzi di comunicazione *individuali*, quale, ad es., un sito *Web* interattivo e dotato di c.dd. *elementi di interattività* capaci di far ravvisare l'instaurazione di una trattativa in senso proprio). Secondo l'art. 13, comma 4, d.l.g. n. 70 del 2003, infatti, l'obbligo di accusare ricevuta dell'ordine del destinatario non si applica nel caso di «contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di *posta elettronica* o comunicazioni *individuali equivalenti*», ovvero nel caso di negoziazioni personalizzate, siano o non caratterizzate da una disparità, tra le parti, di potere contrattuale (non si applica, quindi, anche nel caso in cui una delle parti sia un consumatore – B2C – e come tale dotato rispetto alla controparte imprenditore di un minor potere contrattuale). Ancora, l'art. 12, comma 2, d.l.g. cit. stabilisce: «Il comma 1 non è applicabile ai contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di *posta elettronica* o comunicazioni *individuali equivalenti*».

Si impone un chiarimento.

Ai sensi dell'art. 13, comma 4, d.l.g. n. 70 del 2003, l'*ambito di applicazione oggettivo* dell'obbligo di «accusare ricevuta», con il quale il prestatore comunica i termini oggettivi dell'affare nei suoi elementi più significativi (*riepilogo* delle condizioni generali e particolari applicabili al contratto; informazioni relative alle caratteristiche essenziali del bene o del servizio; indicazione dettagliata del prezzo, dei mezzi di pagamento, del resto, dei costi di consegna e dei tributi applicabili), è ristretto. Infatti, si applica soltanto alle dichiarazioni contrattuali inoltrate mediante strumenti telematici destinati alla contrattazione di massa e insuscettibili di personalizzazione. Dal combinato disposto dei commi 2 e 4 dell'art. 13 si evince, quindi, che l'obbligo post-negoziale in oggetto non soltanto è derogabile nei contratti B2B (art. 13, comma 2), ma non si applica a qualsiasi contratto concluso mediante *posta elettronica* o comunicazioni *individuali equivalenti* (art. 13, comma 4). In tal caso si prescinde dalle qualità soggettive dei contraenti. Pertanto nelle *contrattazioni non individualizzate*, se *nessuna delle parti è consumatore* e se non è stabilito un *accordo diretto a derogare tale disposizione*, il prestatore deve dare conferma – senza ingiustificato ritardo e per via telematica – di aver ricevuto l'ordine del destinatario del servizio o del bene; se *una delle parti è consumatore*, e la negoziazione *non è individualizzata*, il prestatore deve sempre dare conferma – senza ingiustificato ritardo e per via telematica – di aver ricevuto l'ordine del destinatario del servizio o del bene (dunque non è ammesso un accordo in deroga). Viceversa, nelle contrattazioni mediante scambi di messaggi di *posta elettronica* o *comunicazioni individuali equivalenti*, l'obbligo del prestatore del servizio di dare conferma della ricezione dell'ordine ricevuto *non trova mai applicazione* (siano o no le parti consumatori). Stessa disciplina è prevista dall'art. 12, commi 1 e 2 d.l.g. cit. Questa disposizione, utilizzando la medesima tecnica normativa di cui all'art. 13, commi 2 e 4, sta-

bilisce che gli obblighi di informazione precontrattuali previsti al comma 1 sono derogabili con appositi patti se nessuna delle parti è consumatore, tuttavia vengono automaticamente meno (a prescindere dalla qualità delle parti contraenti) quando la negoziazione è individualizzata (mediante trattative individuali o scambio di messaggi di *posta elettronica* o comunicazioni individuali equivalenti, ex art. 12, comma 2).

Questa soluzione, suscettibile di facili critiche, è giustificata dalla circostanza che le contrattazioni *individualizzate* via *e-mail* (*Internet*), mediante reti chiuse (EDI, *Intranet*) o via *modem* (v. *infra*, § 2), favoriscono più di tutte il dialogo e la richiesta di ogni chiarimento, sì che gli obblighi di informazione, prenegoziali o postnegoziali che siano, perdono di significato; inoltre, le contrattazioni individualizzate avvengono, prevalentemente, tra imprenditori o tra semplici utilizzatori (dunque tra soggetti esperti e/o dotati di un equivalente potere contrattuale). Nel caso di contratti individualizzati tra imprenditore e consumatore (B2C), ovvero di contratti B2C conclusi mediante strumenti telematici e/o informatici che favoriscono il dialogo e la trattativa (*rectius*, individuali), la funzione di tutela conseguita mediante l'obbligo di accusare ricevuta è comunque garantita. Ciò non grazie agli obblighi di informazione pre-negoziali previsti dall'art. 12, comma 1, d.l.g. n. 70 del 2003, i quali pure, come visto, non sono applicabili «ai contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di *posta elettronica* o comunicazioni individuali equivalenti» (così l'art. 12, comma 2, d.l.g. n. 70 del 2003), ma tramite gli ulteriori obblighi di informazione precontrattuali e al diritto di recesso già introdotti dal d.l.g. n. 50 del 1992 e dal d.l.g. n. 185 del 1999 (le cui disposizioni sono state coordinate ed ora corrispondono agli artt. 45 ss. cod. cons.) e agli altri mezzi espressamente previsti da altre norme a tutela consumatore (si pensi, ad es., alla disciplina delle clausole vessatorie ex art. 33 ss. cod. cons., alla tutela formale prevista dagli artt. 1341 e 1342 c.c. e al sistema di garanzie nella vendita dei beni di consumo ex art. 128 ss. cod. cons.). In questa prospettiva l'esigenza di cognizione e ponderazione a favore del consumatore è comunque perseguita, sia perché è connaturata allo stesso strumento di comunicazione (*posta elettronica* o altri mezzi *individuali equivalenti*), da qui l'eccezione degli artt. 13, comma 4, e 12, comma 2, d.l.g. n. 70 del 2003, sia perché esistono, nell'ordinamento giuridico attuale, altri strumenti di tutela applicabili ai contratti B2C: diritto di recesso, obblighi di informazione ulteriori, clausole vessatorie etc. (v. *infra*, pt. IV, cap. III).

Si tratta, dunque, di una differente disciplina voluta dal legislatore che troverebbe le sue ragioni, con riferimento ai patti in deroga (artt. 12, comma 1 e 13, comma 2), nell'assenza della figura del consumatore quale parte debole da tutelare e, con riguardo alle comunicazioni individuali (artt. 12, comma 2 e 13, comma 4), nella presenza di dialoghi che consentirebbero i chiarimenti necessari al caso concreto, nonché eventuali trattative.

Prima di entrare nello specifico delle diverse modalità di conclusione del contratto «telematico» è necessario, però, evidenziare altri aspetti comuni ai differenti schemi.

Ogni proposta, anche quella effettuata mediante il mezzo telematico, deve essere limitata temporalmente (art. 1326, comma 2, c.c.). Se non è stabilito un termine, l'accettazione deve pervenire al proponente «in quello ordinariamente necessario secondo la natura dell'affare o secondo gli usi». Un'accettazione tardiva è, dunque, inefficace. Tale regola è espressione di un generale giudizio che, a prescindere dal tipo contrattuale e dal mezzo di comunicazione utilizzato, vede con disfavore l'assunzione, da parte dei privati, di posizioni di soggezione a tempo indeterminato. Tuttavia, è possibile che l'interesse alla conclusione del contratto sopravviva alla scadenza del termine e la proposta non perda ogni efficacia: l'art. 1326, comma 3, c.c., infatti, non riconosce all'accettazione tardiva il valore di nuova proposta, ma conferisce al proponente la facoltà di considerare efficace tale accettazione, salvo l'obbligo di darne notizia immediata all'accettante (c.d. *oblato*). Proposta e accettazione sono, altresì, sempre revocabili *fino a quando il contratto non sia concluso* (art. 1328 c.c.). Per revoca s'intende l'atto diretto a cancellare un precedente atto giuridico, ossia a privarlo di efficacia giuridica. L'atto di revoca, come vedremo, in quanto atto unilaterale recettizio, per produrre il suo effetto deve sempre essere conosciuto o conoscibile dal destinatario (artt. 1328 e 1335 c.c.), prima dell'atto che intende revocare (art. 1334 c.c.)⁶. Figura particolare è la **proposta irrevocabile**, la quale si caratterizza, appunto, per essere una proposta non suscettibile di revoca per un tempo determinato o almeno determinabile secondo la natura degli affari o degli usi (art. 1329 c.c.). A differenza della proposta semplice, quella irrevocabile è un negozio unilaterale (c.d. preparatorio) con effetti esclusivamente strumentali rispetto alla conclusione del contratto, che vincola immediatamente chi la compie (art. 1334 c.c.), nel senso dell'irrevocabilità.

La proposta e l'accettazione **decadono** per morte o sopravvenuta incapacità del dichiarante, prima della conclusione del contratto. Questa regola è desumibile *a contrario* dalla disposizione dell'art. 1330 c.c. e corrisponde alla teoria del consenso inteso come incontro delle volontà. Gli eventi in parola, infatti, implicano la cessazione della volontà prima che si sia incontrata con quella della controparte e rendono perciò impossibile il c.d. *in idem placitum* (l'accordo). Due sono le deroghe alla regola esposta: l'ipotesi della proposta irrevocabile e quella della proposta o dell'accettazione fatta dall'imprenditore nell'esercizio della sua impresa. La prima è prevista

⁶ Dunque, non pare condivisibile l'affermazione secondo cui per la revoca della proposta (a differenza della revoca dell'accettazione) sarebbe sufficiente, in deroga all'art. 1334 c.c., la priorità temporale della mera emissione della revoca, anziché quella del suo arrivo a destinazione.

all'art. 1329, comma 2, c.c.: «la morte o la sopravvenuta incapacità del proponente non toglie efficacia alla proposta, salvo che la natura dell'affare o altre circostanze escludano tale efficacia». La seconda è disciplinata dall'art. 1330 c.c., il quale statuisce il persistere dell'efficacia della proposta e dell'accettazione fatta «dall'imprenditore nell'esercizio della sua impresa [...]», salvo che si tratti di piccoli imprenditori o che diversamente risulti dalla natura dell'affare o da altre circostanze». Tutelato è l'interesse alla funzionalità dell'attività imprenditoriale e del mercato nel quale l'attività stessa si colloca a prescindere dalla persona che la esercita.

2. Segue. Lo schema «tradizionale»: gli artt. 1326 e 1335 c.c.

a) La prima modalità di conclusione del contratto telematico si caratterizza per essere il risultato di una negoziazione *sempre* individualizzata tra soggetti determinati e destinatari delle dichiarazioni contrattuali (proposta e accettazione). Può avvenire, prevalentemente, attraverso *e-mail* (via *Internet*)⁷, ma anche per connessione diretta via *modem*, senza l'utilizzazione del servizio tradizionale *e-mail* di *Internet* e la mediazione di un *provider*⁸, oppure mediante reti chiuse quali *Intranet* o EDI. Questi tre casi, tuttavia, presentano alcune peculiarità in comune: di regola il contratto si conclude – a differenza dell'ipotesi dell'**offerta al pubblico** la quale è diretta *ad incertas personas* – a séguito di una trattativa più o meno lunga tra soggetti determinati (proposte, controproposte, inviti ad offrire), ovvero, tra un soggetto offerente beni e servizi e un soggetto, già preventivamente individuato dal proponente, e destinatario della proposta contrattuale; l'utilizzazione dell'elaboratore in nulla modifica la varietà degli eventi che si possono verificare nella fase della formazione del contratto. Tra i due soggetti *in contrahendo* si possono svolgere trattative che preludono alla conclusione o alla nascita di un contratto definitivo (in caso di conformità immediata tra proposta e accettazione) o alla stipulazione di un contratto preliminare. Tuttavia, può anche accadere che il contratto si concluda, pur avendo le parti lasciato in sospenso la definizione di taluni profili secondari. Si tratta di verificare *quando* e *dove* l'accordo si possa considerare perfezionato. Le parti o i loro rappresentanti si trovano in luoghi diversi e, anziché contrarre «per-

⁷ Altri mezzi utilizzati potrebbero essere le *chat-line* presenti in *Internet* che sono nate per il dialogo: si comunica per iscritto con altri scambiando messaggi in modo interattivo e in tempo reale. La possibilità di concludere contratti attraverso questo mezzo, però, deve considerarsi del tutto remota, sia per la mancanza di serietà di questa particolare forma di comunicazione diretta tra utenti della rete, che per la possibile interazione da parte di estranei.

⁸ L'*Internet Service Provider* (ISP) è il soggetto, pubblico o privato, che fornisce l'accesso e l'utilizzazione dei servizi presenti in *Internet*.

sonalmente», si servono di un mezzo di comunicazione (informatico o telematico). Ebbene, la presa di conoscenza dell'accettazione da parte del proponente non può evidentemente aver luogo se non in un momento successivo rispetto all'invio dell'accettazione stessa e rispetto al momento nel quale questa è conoscibile (ovvero giunge all'indirizzo telematico del destinatario. Infatti, una volta che il messaggio è registrato dal server⁹ del provider del destinatario può essere, in qualunque momento, conosciuto mediante c.d. *downloading*). Nasce il problema del perfezionamento del contratto fra persone lontane, al quale va parificato il contratto fra presenti, ma che sia concluso non contestualmente, bensì *ex intervallo temporis*¹⁰. Il codice ha previsto per i contratti conclusi fra persone distanti (c.dd. contratti per corrispondenza) una soluzione, ovvero ha stabilito una *presunzione relativa di conoscenza* ex art. 1335 c.c., la quale integra il c.d. *principio della cognizione*¹¹ previsto dall'art. 1326, comma 1, c.c.

Presunzione di conoscenza

Tale *presunzione* è utilizzabile anche per i contratti telematici. Sì che l'art. 1335 suonerà: «la proposta, l'accettazione, la loro revoca e ogni altra dichiarazione diretta a una determinata proposta si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo... (in questo caso elettronico/telematico)... del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia». Pertanto, dal combinato disposto degli artt. 1326 e 1335 c.c., è possibile affermare che una dichiarazione (proposta, accettazione, revoca) vincola chi la compie qualora entri in termini oggettivi nella *sfera di conoscibilità* del destinatario. Ogni volta, cioè, che questi è posto in condizione di conoscerla, talché la non conoscenza deriva da sua colpa (ad es., dimenticanza).

Indirizzo elettronico

Per **indirizzo elettronico** bisogna intendere ex art. 1, lett. l, d.P.R. n. 513 del 1997, «l'identificatore di una risorsa fisica o logica in grado di ricevere e registrare documenti informatici». Sotto questo profilo (nel caso di contratto concluso via *e-mail*) la casella postale ubicata sul server¹² dell'*Internet provider* è da considerare quale «indirizzo elettronico» («domicilio informatico»), visto che costituisce un sistema informatico in grado di ricevere e registrare il documento. Con il ridimensionamento del principio della cognizione da parte del principio della conoscibilità è sufficiente che il mittente dimostri l'avvenuto recapito della dichiarazione all'indirizzo del

⁹ È lo spazio di memoria ove è posto l'ipertesto cui l'utente vuole accedere.

¹⁰ Nel contratto tra presenti la conclusione del contratto è contestuale, poiché la dichiarazione di accettazione della proposta giunge al proponente nel momento stesso in cui è emessa dall'aderente.

¹¹ Ciò al fine di garantire l'esigenza di certezza e oggettività propria di ogni rapporto giuridico e, in particolare, di ogni negoziazione tra persone distanti.

¹² Per semplificare possiamo considerare il server costituito da un computer dotato di grande memoria, la cui potenza complessiva dipende dal numero di utenti e dalla grandezza della rete che deve supportare.

destinatario, in quanto come si è tradizionalmente onerati di controllare la posta inserita dal postino nella propria cassetta postale, così si ha un onere ex art. 1335 c.c., a carico di colui che invii proposte contrattuali per *e-mail*, di controllare la posta in arrivo «scaricandola» dal server del provider sul video del proprio computer. A questo punto ci si potrebbe domandare *quando* si conclude il contratto, visto che l'art. 1335 c.c. sembra voler anticipare tale momento all'arrivo della dichiarazione all'indirizzo del destinatario, momento che normalmente interviene in una fase anteriore a quella della conoscenza vera e propria.

Il problema è suscettibile di due possibili soluzioni: o il contratto è concluso *quando* e nel *luogo* di registrazione del messaggio di accettazione; dunque, quando il messaggio contenente l'accettazione giunge (*rectius*, viene registrato) presso la casella postale ubicata sul server dell'*Internet provider* (c.d. fornitore di accessi) del proponente¹³ (o il server dell'imprenditore stesso, qualora la posta elettronica giunge direttamente presso i servers del proponente, ovvero quando l'indirizzo *e-mail* sia direttamente presso la sede dell'impresa: si pensi al caso nel quale il soggetto proponente stesso gestisce la connessione in rete direttamente senza l'intermediazione del provider), o quando il destinatario prende effettiva conoscenza della posta arrivata, scaricandola sul proprio computer, quindi, nel luogo di ubicazione del «terminale» ricevente.

La prima soluzione sembra essere quella più rispondente al dettato dell'art. 1335 c.c. La norma, come visto, non richiede la conoscenza effettiva dell'accettazione ma la sua **conoscibilità** e conseguentemente configura in capo al proponente l'onere di provare che l'accettazione, sebbene giunta al suo indirizzo, è stata da lui incolpevolmente ignorata. Il proponente ha il compito, nel suo interesse (c.d. onere), di controllare la posta elettronica in arrivo, alla stregua della posta tradizionale, poiché non può invocare a propria discolta il mero fatto di non aver avuto conoscenza del messaggio. Soltanto l'impossibilità senza colpa di conoscere l'accettazione può scriminare il proponente. Nel caso di reti telematiche questa impossibilità potrà ravvisarsi ove sia individuabile, seguendo gli usi e la prassi, un tempo determinato entro il quale, con certezza sociale, non si consulta il server del provider, che coinciderà - sino a prova contraria - con il periodo di chiusura dell'esercizio commerciale di riferimento; oppure potrà dipendere dal mancato funzionamento del sistema informatico del provider o dello stesso proponente (salvo a voler riconoscere, in quest'ultimo caso, che nel caso di rottura del proprio computer il proponente conserva l'onere di controllare

Registrazione sul server

L'onere di «scaricare» le e-mail

¹³ È importante specificare «del proponente» in quanto, tranne nel caso in cui per l'importanza degli affari uno dei due soggetti non utilizza la mediazione di un provider e quindi le dichiarazioni giungono direttamente presso i propri servers, le dichiarazioni tramite *Internet* passano sempre per la mediazione dei due fornitori di accesso, uno per ogni utente.

l'e-mail tramite un qualsiasi altro mezzo telematico). Il contratto stipulato con reciproco invio di dichiarazioni per posta elettronica si perfeziona, dunque, non già nel momento e nel luogo in cui il proponente viene effettivamente a conoscenza dell'accettazione (che potrebbe essere anche indeterminabile; si pensi ad una e-mail di accettazione letta in aereo o in treno), ma nel momento e nel luogo in cui un'accettazione «conforme» alla posta giunge «nel contenitore dei messaggi del provider» (il c.d. fornitore di accessi) del proponente o, nel caso di connessione diretta ad Internet, viene registrata dal server del proponente stesso. Ciò che rileva, quindi, è il luogo e il momento di registrazione (presunzione di conoscenza): nell'uno caso il messaggio è registrato dal server del provider del proponente, nell'altro dal server del proponente stesso, in quanto, in questa ipotesi, il proponente non utilizza la mediazione del provider perché, ad es., è egli stesso un fornitore di accesso.

Contratti
via Internet
e collegamenti
via modem

Diversamente accade nei contratti telematici conclusi attraverso collegamenti diretti via modem al di fuori di Internet, o collegamenti Intranet. In questi casi poiché manca l'utilizzazione del sistema «tradizionale» di e-mail, quindi la necessità di un accesso ad Internet (diretto o indiretto che sia), il momento di conclusione del contratto è normalmente quello nel quale l'impulso elettronico contenente la dichiarazione di accettazione dell'oblato viene registrato dal terminale del proponente. Il contratto, di regola, sarà concluso quando l'accettazione verrà registrata, non dal server di accesso ad Internet (sia o no esso di proprietà del proponente), ma dal computer del proponente e nel luogo nel quale il computer stesso si troverà (presunzione di conoscenza ex art. 1335). Naturalmente, l'ipotesi per connessione diretta mobile da computer a computer suscita maggiori problemi poiché non v'è la mediazione del provider, né di un qualsivoglia server: tutto dipenderà dall'ubicazione della memoria del computer del destinatario e dalla capacità del singolo computer a tenere conservato, fino alla effettiva conoscenza, il messaggio inviato. In caso contrario si applicherà il principio della cognizione (art. 1326 c.c.). Si pensi all'ipotesi nella quale la connessione è in tempo reale e manca ogni tipo di registrazione dei messaggi inviati (alla stregua di un contratto concluso telefonicamente).

Ina soluzione

È giusto porre in evidenza che parte della dottrina, in riferimento al problema del luogo di conclusione del contratto telematico, ha individuato una soluzione che, in termini di mera efficienza, è sicuramente ragionevole, ma ad oggi non conforme con il dettato letterale delle norme che nel caso di specie trovano applicazione. Infatti, partendo dal considerando 19 della direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE (ove si è precisato che il luogo di stabilimento delle società che forniscono servizi tramite Internet non è il luogo nel quale si trova la tecnologia o gli strumenti utilizzati né dove il sito è accessibile, ma il luogo nel quale tali società esercitano la loro attività economica), si è tentato di sganciare definitivamente il luogo di con-

clusione del contratto dal medium di trasmissione utilizzato. A tal uopo si è individuata una soluzione che privilegia al luogo fisico nel quale si trovano gli strumenti telematici, il quale è di difficile individuazione (infatti, come visto, ora è nel server del provider; ora è nel server del proponente, nel caso di connessione diretta ad Internet; ora è nella memoria del computer, nel caso di connessione diretta via modem; ora è nel momento della conoscenza, nel caso di connessione diretta via modem senza possibilità di memorizzazione), il luogo giuridico della residenza/domicilio/sede del soggetto che opera tramite Internet. Dunque il contratto, a prescindere dalla tecnica di comunicazione utilizzata, si concluderebbe nel luogo nel quale si trova la residenza/il domicilio o la sede del proponente, nel caso di contratti B2B, e del consumatore (proponente o oblato che sia), nel caso di contratti B2C. Ciò risponderrebbe anche all'esigenza, propria dei contraenti, di percepire, preventivamente, il luogo di conclusione: difficile, ad es., è conoscere preventivamente la localizzazione del server del provider che riceve l'accettazione. Del resto, pur se la controparte conosce il luogo dove si trova il server altrui, non è infrequente che, per un sovraccarico di dati, risulti necessario trasferire quelli memorizzati presso server diversi, ubicati in zone differenti, senza che tale accadimento sia comunicato alla controparte.

Critica

Questa soluzione, pur ragionevole, non è condivisibile, poiché è difforme al combinato disposto dell'art. 13, comma 1, d.l.g. n. 70 del 2003 di attuazione alla dir. 2000/31/CE 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 1, 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. Ciò si sostiene con la consapevolezza che la residenza, il domicilio e la sede dei contraenti sono in ogni caso strumenti che, pur non risolvendo il quesito del luogo di conclusione dell'accordo telematico, indirettamente risultano utili per la risoluzione di talune questioni inerenti proprio il luogo di perfezione dell'accordo: si pensi ai problemi della legge applicabile al contratto e del giudice competente a decidere eventuali controversie tra le parti (sul punto v. *retro*, pt. I, cap. II, § 3 ss.).

Revoca
della proposta

Per la revoca dei due atti prenegoziali, la proposta del proponente e l'accettazione dell'oblato, l'art. 1328 c.c. prevede che il primo possa revocare la proposta «sino a che il contratto non sia concluso». Pertanto nel caso di contratti conclusi tramite l'e-mail di Internet, la proposta è revocabile fin quando l'accettazione «conforme» giunge all'indirizzo del proponente stesso (momento dal quale si reputa conosciuta); indirizzo che sarà

da individuare o nel *server* del *provider*, nell'ipotesi di accesso mediato, o nel *server* del proponente medesimo, nel caso di connessione diretta in Rete. In presenza di un contratto concluso per connessione diretta via *modem* (o comunque al di fuori di *Internet*), invece, se il messaggio è suscettibile di essere memorizzato, la proposta può essere revocata finché l'accettazione non venga registrata dal terminale del proponente (presunzione di conoscenza); in caso contrario si applicherà il solo principio della cognizione. L'oblato, invece, può revocare l'accettazione «purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione stessa» (e quindi prima che il contratto sia concluso). Premesso che la presunzione di conoscenza ex art. 1335 c.c., lì dove è applicabile, prevale sempre sul principio della conoscenza, tutto dipenderà, anche in questo caso, dall'esistenza o no dell'intermediazione di un *provider* e dall'esistenza o no di un *server* con capacità di memorizzazione. La revoca della proposta e dell'accettazione deve giungere prima del momento indicato dalla legge: se giungono *nello stesso momento* sono tardive. Preme osservare che nel caso di connessione ad *Internet* la proposta inviata per *e-mail* è revocabile dal proponente purché il messaggio di revoca sia registrato dal *server* del *provider* dell'oblato prima che l'accettazione dell'oblato stesso sia registrata dal *server* del *provider* del proponente (ovvero prima che il contratto sia concluso); tuttavia, trattandosi di dichiarazioni tra «assenti», dove è annullato lo spazio temporale tra il momento dell'emissione e quello della ricezione — in quanto nel momento in cui si preme il pulsante di invio (c.d. «tasto negoziale») l'arrivo del messaggio al *server* del destinatario è praticamente contestuale, potremmo dire in tempo reale, come se si trattasse di un contratto tra presenti —, la revoca della proposta è di fatto possibile soltanto prima che l'oblato prenda il pulsante di invio del messaggio di accettazione. All'oblato converrà eseguire un *check-mail* prima di inviare l'accettazione, sì da controllare l'eventuale presenza nella posta ricevuta di revocche contrattuali. Ciò anche perché se non lo fa non può verosimilmente nemmeno invocare la buona fede dell'art. 1328, comma 1, c.c., dato che questa non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave (art. 1147, comma 2, c.c.); colpa esistente nel caso ipotizzato, dato che è sufficiente eseguire il menzionato controllo a video.

Revoca
l'accettazione

Più difficile è la **revoca dell'accettazione**. Questa una volta inviata non è di fatto revocabile stante l'immediatezza della trasmissione: appena inviata giunge in tempo reale al destinatario, talché non è possibile anticiparla con ulteriori messaggi (ad es., di revoca). Una volta inviata l'accettazione della proposta la revoca di questa difficilmente potrà giungere nella sfera di conoscibilità (registrazione da parte del *server*) del proponente prima dell'accettazione medesima. Nel caso di specie, infatti, si dovrebbe dimostrare, non già la priorità temporale dell'effettiva conoscenza da parte del destinatario (che pure potrebbe verificarsi nel caso in cui il destinatario scarichi prima il messaggio di revoca e poi quello di accettazione), ma la priorità

cronologica di registrazione, da parte del *server*, della revoca rispetto alla registrazione dell'accettazione. La questione non può che essere abbandonata al caso e alla infornale imprevedibilità degli strumenti informatici (si pensi all'ipotesi, pur verificabile nella prassi, nella quale si invia un messaggio di accettazione il quale a causa di un malfunzionamento del sistema non arriva a destinazione, e, successivamente, si inoltra un messaggio di revoca il quale diversamente viene registrato dal *server* del destinatario).

...via telefax

Per le stesse ragioni è di difficile configurabilità una revoca dell'accettazione mediante telefax. Anche un telefax di revoca, infatti, per produrre i suoi effetti, nonché evitare la conclusione del contratto, dovrebbe giungere prima del momento nel quale l'accettazione stessa sia divenuta conoscibile dal destinatario, ovvero sia registrata dal *server* dell'*Internet provider* del proponente (quindi del *provider* mediante il quale il proponente ha l'accesso ad *Internet*). Difficile, inoltre, risulterà la prova della priorità temporale a carico dell'oblato: sarà necessario conoscere sia il momento nel quale la revoca via fax sia giunta all'indirizzo del destinatario, sia il momento nel quale l'accettazione sia stata registrata dal *server* del *provider* del proponente.

Capire, invece, il momento dell'effettiva conoscenza della dichiarazione (proposta, accettazione o revoca) da parte del destinatario sarà rilevante soltanto nel caso di contratto concluso per connessione diretta via *modem*, senza capacità di memorizzazione.

3. Segue. Lo schema più frequente: l'offerta al pubblico

L'offerta
al pubblico

b) Altra «modalità» di conclusione dell'accordo telematico può essere considerata quella dell'offerta al pubblico ex art. 1336 c.c., la quale comprende vari meccanismi di contatto tra proponente, per lo più imprenditore, e cliente-navigatore, per lo più consumatore: il VoD (*video on demand*), che consiste in un collegamento via cavo finalizzato alla fornitura di film e programmi, realizzabile anche soltanto attraverso la Tv e, principalmente, la procedura di «accesso al sito» (o in ambiente c.d. *world wide web*) da considerare come ipotesi prima ma come è emerso non unica di modalità di conclusione di un contratto telematico via *Internet*. Questa si caratterizza per la circostanza che il cliente-navigatore può semplicemente aderire o rifiutare la proposta pubblicizzata dall'imprenditore senza, di regola, il potere di modificare il regolamento contrattuale già unilateralmente predisposto. L'accettazione avviene, prevalentemente, mediante la mera compilazione del *format* predisposto dall'imprenditore e tramite la digitazione del «tasto virtuale» (c.d. «*point and click*») che sta ad indicare — di là della sua qualificazione giuridica (manifestazione espressa o tacita) — la piena accettazione del contratto e l'imputazione della volontà al soggetto al quale

è riconducibile il «click» (secondo una delle forme più diffuse ciò avviene mediante la pressione materiale del tasto del *mouse* del *computer* dell'acettante una volta che il puntatore sia stato collocato sul «tasto virtuale» che appare a video).

Prima di approfondire le problematiche giuridiche che tale modalità può porre è necessario, tuttavia, descrivere la formazione di un contratto telematico mediante offerta al pubblico.

Necessità di un server
Per poter offrire beni o servizi *on-line* occorre che l'offerente possa disporre di uno spazio di memoria di un *computer*, tecnicamente denominato *server*, collegato alla Rete di reti *Internet*. Spazio di memoria e accesso ad *Internet* normalmente messo a disposizione, a titolo oneroso, da un «fornitore di accesso», tecnicamente chiamato *Internet Service Provider (ISP)*: ossia un «prestatore» di «servizi della società dell'informazione» ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a e b d.l.g. n. 70 del 2003. Utilizzando questi strumenti il soggetto (*offerente-proponente*, di regola imprenditore) interessato a collocare sul mercato i beni e i servizi presentati nello spazio di memoria a sua disposizione – tecnicamente denominato *sito* o *Website* (da qui la qualità di offerta al pubblico, ai sensi dell'art. 1336 c.c.) – può programmare il suo *domicilio informatico* (o *virtuale*), introdurre dei cataloghi interattivi, in modo tale che il visitatore-utente, potenziale acquirente, possa aggirarsi tra gli scaffali virtuali del mercato virtuale (o *cyber-mall*), visionare i prodotti corredati da caratteristiche e prezzi e inserirli in un «carrello» virtuale (l'imitazione della realtà del supermercato viene perseguita con decisione dai produttori, nella consapevolezza dell'attitudine ad agevolare gli acquisti anche di coloro che sono meno esperti di informatica). Naturalmente, anche l'utente telematico, al fine di accedere ad *Internet* e poter così acquistare un prodotto o fruire di un servizio, dovrà concludere un accordo con un fornitore di accesso (c.d. *provider*), sì che si può affermare che per accedere ad *Internet* è sempre necessaria (salvo casi particolari: si pensi, come visto, ad un contraente che ha un accesso diretto ad *Internet* poiché, ad es., è egli stesso un *provider* o gestisce in prima persona la connessione di Rete) la mediazione di un *provider* (sul contratto di accesso ad *Internet* v., però, pt. II, cap. I). Avuto l'accesso l'utente non deve far altro che individuare sulla pagina iniziale, messa a disposizione dal *provider*, l'icona relativa ai servizi *on-line* e «cliccare» onde poter accedere alle vetrine telematiche in cui sono virtualmente esposti i beni e i servizi offerti dall'operatore economico. Così, ad es., se si vuole acquistare un libro, basta aprire le pagine destinate alle librerie *on-line*, scegliere quella preferita ed entrare virtualmente tra i suoi scaffali; al cliente verrà data la possibilità di scorrere un catalogo delle opere presenti, ovvero di richiedere anche opere fuori catalogo. Individuato il bene (libro) da acquistare, cliccando sul titolo o sul nome dell'autore,

Domicilio virtuale

quindi sul c.d. *link*¹⁴, appare la pagina descrittiva dell'opera richiesta corredata di tutti i dati relativi alla pubblicazione, compreso il prezzo di copertina o quello eventualmente già scontato. Spesso a margine della pagina telematica, relativa al libro prescelto, vengono poste in evidenza alcune icone, le quali consentono all'acquirente interessato di registrarsi come acquirente abituale; di ricercare altri libri eventualmente da acquistare mediante l'aiuto di un «comesso virtuale», ossia seguendo una particolare procedura che facilita la ricerca di testi non presenti in vetrina; di effettuare il pagamento dei libri acquistati scegliendo tra diverse modalità (preventivamente mediante bonifico bancario, alla consegna, mediante contante o titolo di credito, oppure optando per il pagamento immediato per via elettronica mediante, ad es., carta di credito o moneta elettronica; sul punto si rinvia a pt. IV, cap. II). Dunque al termine della visita al negozio virtuale l'utente-consumatore può decidere di acquistare i beni o i servizi selezionati compilando un modulo predefinito di accettazione ove devono essere digitate, in apposite caselle («campi»), le proprie coordinate di identificazione, il codice del bene che si intende acquistare, le quantità desiderate, il luogo della consegna, il momento e le modalità di pagamento. Il commercio elettronico, quindi, può essere definito come «ogni forma di «transazione» commerciale nella quale le parti interagiscono per via elettronica, piuttosto che nei tradizionali scambi e contatti fisici», dunque, ogni forma di contrattazione per via elettronica, senza la simultanea presenza fisica delle parti (c.d. contratto *inter absentes* o contratto a distanza). L'esecuzione dell'accordo telematico, così concluso nello spazio virtuale di *Internet*, può poi avvenire, come visto, realmente quando si tratti di bene materiale, che verrà consegnato con le modalità tradizionali e nei tempi specificati nel modulo d'ordine (**commercio elettronico indiretto**), o può avvenire virtualmente quando si tratti di un bene immateriale o di un bene materiale suscettibile di smaterializzazione, quindi, di un bene che possa agevolmente essere consegnato mediante lo stesso mezzo di trasmissione della dichiarazione negoziale del proponente e dell'accettante al domicilio informatico dell'acquirente (**commercio elettronico diretto**). Così, se si tratta di ottenere la licenza d'uso di un programma per elaboratore, il *software* può essere reso direttamente disponibile sulla Rete, consentendo al cliente di acquisirlo con una semplice operazione di *downloading* (scaricamento)

L'esecuzione

¹⁴ In un ipertesto (il quale è una tecnica di comunicazione dei documenti che permette di inserire direttamente nel testo elettronico richiami ad altre parti del testo o ad altri documenti, che si riferiscono ad argomenti dei quali è fatto cenno nel testo originario e ai quali è possibile accedere con un semplice comando del *mouse*: il tutto senza effettuare nessun'altra operazione di ricerca), indica il collegamento con un altro documento logicamente connesso alla parola che costituisce il *link*, oppure, con un altro paragrafo dello stesso documento.

Vetrina virtuale

nella memoria rigida del *computer*. Si potrà assistere ad un fenomeno di smaterializzazione del bene ogni volta che il contratto tradizionale è volto alla acquisizione di un bene tangibile quale semplice mezzo per godere un'opera intellettuale: si pensi all'acquisto di un libro o di un disco, sem- plici supporti dell'opera artistica, che possono anche essere resi accessibili direttamente sulla Rete, tramite invio di *file* di testo o sonori. Una volta ricevuto il *file*, infatti, il cliente potrà, se lo desidera, tornare alla fisicità propria del bene (per il libro, ad es., stampandone una copia dal proprio *computer*). La fine della tradizionale compenetrazione tra *corpus mechanici* ed opera dell'ingegno e l'affermarsi della «immaterialità» comporta, ad es., anche pressanti problemi fiscali (come evidenziare il presupposto di imposta e calcolare la base imponibile ed in che luogo, se fornitore e cliente sono situati in diverse aree doganali?; per l'analisi dei problemi fiscali si rinvia a pt. IV, cap. VIII) e di tutela dell'opera dell'ingegno (sino a dove si estende l'uso lecito che il cliente può fare del brano musicale o del testo letterario?).

Il sito *amazon*

Il primo sito europeo nato per l'acquisto di libri è *www.amazon.co.uk*, che rappresenta una delle più grandi librerie del pianeta¹⁵, con oltre 4,9 milioni di titoli a catalogo e più di tre milioni di clienti serviti. La varietà del prodotto e la rapidità di ricerca dell'acquisto sono impensabili per un negozio reale poiché un equivalente di Amazon richiederebbe uno spazio molto più ampio della più grande catena di *stores* americani. Inoltre, a parità di prezzo della merce offerta al pubblico, la gestione sarebbe caratterizzata da costi non facilmente sostenibili.

Ciò premesso, la legge ravvisa nell'*offerta al pubblico*¹⁶ una particolare proposta contrattuale, qualora contenga gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta. Viceversa, ravvisa un *invito ad offrire* o *a proporre* (sia pure al pubblico), ove la dichiarazione è manchevole di uno degli elementi richiesti, dunque, è insuscettibile di accettazione perché, sul piano oggettivo, non è idonea a prefigurare il contenuto dispositivo dell'accordo. In entrambi i casi la dichiarazione può non avere un destinatario prestabilito, ma è diretta a *chiunque* ne abbia, di fatto, conoscenza [quindi è caratterizzata dal fatto di essere *in incertis personis*, ossia rivolta ad una categoria indeterminata di soggetti. È bene precisare, però, che l'invito ad offrire a differenza dell'*offerta al pubblico* può anche essere destinato ad un soggetto determinato: si pensi ad una *e-mail* contenente una proposta incompleta (v. *infra*, successivo § 4)]. Tuttavia, soltanto nella prima (*offerta al pubblico* valevole come proposta) ai fini della conclusione del contratto è sufficiente che chi abbia interesse all'acquisto manifesti la sua

¹⁵ Non bisogna dimenticare, infatti, il corrispondente sito americano: *www.amazon.com*.

¹⁶ Il termine «pubblico» allude a una pluralità inorganica e (indistinta) di persone cui l'*offerta* è ugualmente indirizzata.

accettazione mediante *point and click*: si pensi al negoziante che espone la propria merce nei locali commerciali, anche virtuali, applicandovi un «cartellino» recante il prezzo di vendita. In questo caso si è in presenza di una offerta al pubblico e non già di un invito ad offrire, non soltanto per la completezza della dichiarazione – idonea a prefigurare il contenuto dispositivo del contratto, con il quale si identificherà una volta intervenuta l'accettazione conforme dell'oblato –, ma perché al commerciante, al quale viene rilasciata la licenza di esercizio, è attribuito un obbligo a contrarre (v. art. 3, d.lg. n. 114 del 1998, il quale rinvia all'art. 1336 c.c.), sì che, nel caso di accettazione del destinatario dell'*offerta*, l'accordo sarà concluso. Diversamente nell'*invito ad offrire*, ove è previsto il gradimento in ordine alla persona che risponde, quindi è attribuita a colui che invita la possibilità di rifiutare la eventuale proposta, di trattare e/o di controproporre (sul punto v. *infra*, successivo § 4).

Se un *Website* contiene tutti gli elementi essenziali della proposta contrattuale siamo in presenza di una fattispecie qualificabile come offerta al pubblico, poiché è da escludere che possa rifiutarsi di vendere, ancor più se si tratta di un sito commerciale con tanto di licenza di esercizio. Il problema si pone nel caso nel quale non vi sia un obbligo di contrarre in capo all'offerente. A tal guisa rileva la mera completezza della manifestazione. È vero che di per sé un sito *Web* non offre i singoli prodotti, e non ne indica il prezzo, ma lo fa se lo interroghiamo, e tanto basta per la configurazione di una offerta al pubblico, non diversamente da un catalogo che va consultato. Meno sicura è la natura dell'*offerta*, nel caso del *Video on Demand* e qualora l'accesso al *Website* sia limitato ai soci di un *club* o di una associazione: si pensi a tutti coloro che si sono registrati in un certo sito *Internet* per accedere a dei servizi particolari e hanno firmato degli impegni specifici. La risposta dovrebbe essere però positiva, data la diffusione di massa (destinatario indeterminato) di dette registrazioni nelle quali *l'intuitus personae* (carattere personale del rapporto) è, per lo più, inesistente. Ancora una volta al fine della distinzione tra invito ed offerta al pubblico rileverà l'esistenza o no del gradimento in ordine alla persona che risponde ed alla completezza del contenuto dispositivo della dichiarazione prenegoziale. Non si può, invece, discorrere di offerta al pubblico con riferimento al caso di *e-mail* inviato a soggetti individuati, sia perché per la configurazione della prima è necessario, come visto, una dichiarazione *in incertis personis*, ovvero diretta ad una pluralità indistinta di soggetti, sia perché una proposta via *e-mail* è necessariamente recettizia (ovvero vincola l'emittente quando è conosciuta), mentre l'*offerta al pubblico* vincola il dichiarante nel momento nel quale è resa pubblica.

Riassumendo: l'*offerta al pubblico*, quando contiene gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta vale come proposta, salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi (art. 1336 c.c.). Da non

confondere è l'offerta al pubblico con l'invito a offrire. La prima deve contenere gli elementi necessari per la conclusione del contratto e si tramuta in invito se prevede il gradimento in ordine alla persona che risponde (cioè, infatti, è sufficiente per dimostrare la mancanza di una completa e definitiva volontà di vincolarsi propria di ogni proposta). L'offerta al pubblico, generalmente, non è considerata un atto recettizio: si perfeziona nel momento nel quale è resa pubblica (ovvero, quando è divenuta «conoscibile» dai soggetti di cui si vuole provocare l'accettazione) e a prescindere dalla circostanza dell'effettiva conoscenza da parte dei destinatari. Il mero inserimento dell'offerta su di un sito *Internet* soddisfa il requisito della pubblicità e non costituisce perfezionamento dell'offerta al pubblico. Se vi è scarsità dei beni offerti rispetto alle domande (*ergo*, accettazioni), prevarrà il criterio temporale, ossia saranno soddisfatti, fino ad esaurimento merci, coloro che per primi hanno inviato l'accettazione elettronica (*prior in tempore potior in iure*). Gli altri, nel caso di insufficienza di beni, avranno diritto al risarcimento del danno. La priorità dell'arrivo del messaggio potrà essere ricostruita consultando il *log* del sistema nel quale vengono registrate le operazioni informatiche.

La revoca dell'offerta al pubblico, se fatta nella stessa forma dell'offerta o in modo equivalente, è efficace anche verso chi non ne ha avuto notizia (art. 1336, comma 2, c.c.), purché la revoca sia anteriore all'accettazione, anche se chi ha avuto conoscenza dell'offerta abbia iniziato l'esecuzione in buona fede ex art. 1327 c.c. Tenuto conto delle caratteristiche tecniche del *medium* di trasmissione, in particolare si pensi alla sua diffusione planetaria, sembra corretto ritenere che per revocare un'offerta al pubblico in ambiente *world wide web* si debba utilizzare esclusivamente *Internet* — con modalità analoghe a quelle utilizzate per la diffusione dell'offerta — non essendo immaginabili forme di pubblicità equivalenti. Sarà onere di colui che intende accettare un'offerta su *Internet* verificare preventivamente che la stessa sia ancora esistente e che non sia stata modificata o revocata. Nell'offerta al pubblico (come già evidenziato) il meccanismo di conclusione del contratto avviene compilando un formulario elettronico, predisposto dalla parte venditrice e che viene visualizzato sul *computer* del compratore quando questi accede al servizio di vendita telematica. Anche qui l'accettazione, essendo via *Internet* e con l'intermediazione del *provider*, non può che avvenire attraverso l'indirizzo elettronico. Il contratto si concluderà, secondo la presunzione di conoscenza (ex art. 1335 c.c.), nel momento e nel luogo nel quale gli impulsi elettronici contengono 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

¹ dell'offerta al pubblico

server stesso e dall'ubicazione del *server* del *provider* del proponente (c.d. indirizzo elettronico).

Da non confondere con l'offerta al pubblico è la **promessa al pubblico**. Promessa Quest'ultima è un negozio unilaterale (art. 1334 c.c.) immediatamente vincolante per chi lo pone in essere, là dove l'offerta al pubblico è soltanto una proposta revocabile e, comunque, priva di effetti negoziali fintanto che non sopraggiunga l'accettazione. Se un *sito Web* contiene una proposta diretta ad una pluralità indeterminata di soggetti e priva di effetti negoziali fino a che non sia accettata saremo in presenza di una offerta al pubblico (ad es.: vendo il mio orologio a 3.000 euro). Viceversa, se un *sito Web* contiene una dichiarazione unilaterale immediatamente vincolante per chi la pone in essere, dunque, non suscettibile di accettazione, saremo in presenza di una promessa al pubblico (ad es., darò 1.000 euro a chi ritroverà il mio cane).

Dall'analisi fatta è emerso che essendo la telematica un *cyberspazio*, uno spazio virtuale, senza frontiere, è difficile individuare il luogo nel quale posta ed accettazione si sono incontrate. A differenza dei contratti conclusi via *fax* (che, pure, presentano una qualche analogia a quelli conclusi via *Internet*), e per i quali la giurisprudenza ha chiarito (Cass., Sez. un., 25 gennaio 1995, n. 892) che il luogo di conclusione del contratto coincide con quello nel quale si trova il *fax* che contiene l'accettazione, non è possibile individuare uno spazio reale, materiale, ove avviene l'incontro delle dichiarazioni e occorre far riferimento al luogo ed al momento nel quale il messaggio viene registrato dal *server* del *provider* del proponente, il quale funge, così, da «contenitore» virtuale della posta e luogo di conclusione dell'accordo.

4. Segue. Lo schema dell'invito a proporre. L'incompletezza del contenuto dispositivo del sito Web. L'inversione delle parti. Il tempo e il luogo di conclusione del contratto

c) La terza «modalità» di conclusione del contratto telematico è una variante che si inserisce negli schemi già delineati. Spesso in *Internet* la modalità contrattuale, utilizzata dall'imprenditore all'interno del proprio sito, è strutturata come una sorta di minuta elettronica, in modo da far apparire l'atto come un invito ad offrire (sia pure diretto al pubblico); nel senso che, «sostanzialmente», sarà l'interessato, se vorrà, ad aprire le trattative con un ulteriore invito ad offrire o con una proposta contrattuale inviata all'imprenditore, al quale spetterà la decisione se concludere o no l'accordo. Viceversa, l'invito ad offrire si può configurare anche nell'ipotesi di comunicazione tramite *e-mail*, se la dichiarazione inviata ad un soggetto determinato non contiene tutti gli estremi essenziali del contratto alla cui con-

clusione è diretta e se prevede il gradimento in ordine alla persona che risponde. L'invito ad offrire o a proporre, quindi, è una dichiarazione non suscettibile di assurgere a proposta contrattuale, poiché è caratterizzata, sul piano oggettivo, dall'incompletezza, ovvero dalla mancanza del contenuto che deve prefigurare il contratto. Si tratta, in sostanza, di notizie portate all'attenzione del pubblico (nel caso di contrattazione in ambiente *world wide web*) o di soggetti determinati (nel caso di contrattazione tramite *e-mail* o, ad es., via *modem*) senza vincolo per le parti e senza possibilità di una accettazione. Chi risponde all'invito non accetta: o configura un altro invito ad offrire o dichiara la completa e definitiva volontà di concludere un contratto mediante c.d. proposta, la quale dovrà, a sua volta, essere accettata al fine del raggiungimento dell'accordo (artt. 1321 e 1325 c.c.).

Proposta
incompleta

Da ciò si evince, ad es., che quando il *sito Web* non contiene tutti gli elementi essenziali della proposta contrattuale, le parti risultano invertite: il potenziale proponente è l'acquirente e il fornitore di beni o servizi è il potenziale oblatore, il quale, in tal modo, si riserva di concludere il contratto evitando problemi di approvvigionamento delle merci (egli, infatti, può accettare, rifiutare o trattare). Spesso è lo stesso imprenditore che, avvalendosi della possibilità attribuita dal predetto art. 1336 c.c., priva l'offerta al pubblico del valore di proposta per attribuirgli quello di «invito ad offrire». In questo caso sarà colui che accede al sito ad essere vincolato alla propria proposta, mentre il titolare del *sito Web* rimarrà libero di accettare. Nel caso di proposta mediante offerta al pubblico, infatti, l'offerente non soltanto rischia, come visto, l'inadempimento nel caso di incapacità a soddisfare le accettazioni pervenute, ma è a rischio di cessione di beni o servizi in relazione a soggetti la cui legge nazionale non consentirebbe di acquistare determinati beni o servizi (si pensi ad un contratto avente ad oggetto la vendita di carne bovina in un paese dove è vietato o ad un qualsiasi *sito Web* che vende una sostanza considerata illecita soltanto in alcuni Paesi). È spesso difficile distinguere tra offerta al pubblico (valevole come proposta) ed invito ad offrire: si ritiene, ad es., che il bando di concorso per l'assunzione di lavoratori sia offerta e non promessa, ma se chi bandisce si riserva insindacabilmente l'assunzione, c'è invito.

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 di un contratto telematico via *Internet*. Il problema sarà quello di individuare chi tra i due contraenti ha fatto la proposta e chi l'accettazione. Diversamente nel caso di contratti conclusi al di fuori di *Internet*. Nel caso di utilizzazione di mezzi che non permettono la memorizzazione di messaggi e la successiva messa a video, il contratto sarà concluso nel mo-

mento e nel luogo nel quale colui che ha fatto la proposta (acquirente o venditore che sia) avrà conoscenza effettiva dell'accettazione. Nel caso di utilizzazione di mezzi di comunicazione che permettono la memorizzazione, il contratto sarà concluso quando e nel luogo in cui l'accettazione verrà registrata dal *server* del *computer* del proponente (c.d. presunzione di conoscenza), indipendentemente dalla sua cognizione.

5. Segue. Lo schema dell'accettazione mediante inizio dell'esecuzione ex art. 1327 c.c.

d) L'art. 1327, comma 1, c.c. stabilisce che nei casi in cui, *su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi*, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione, purché quest'ultima sia successiva e conforme alla proposta. Tuttavia il comma 2 del medesimo articolo aggiunge che l'accettante deve dare *prontamente avviso all'altra parte dell'iniziata esecuzione e, in mancanza, è tenuto al risarcimento del danno*.

Questa norma ha innescato numerose discussioni non soltanto in riferimento ai contratti telematici. Semplificando si potrebbe osservare che i contratti che si concludono mediante inizio dell'esecuzione sono quelli che presuppongono un ordine, un incarico o un'autorizzazione. Si pensi all'ipotesi della vendita per corrispondenza, nella quale la merce viene ordinata per posta e si riceve a domicilio senza una preventiva accettazione dell'oblato, o all'incarico dato ad una banca per l'acquisto di titoli di Stato. Tuttavia, chi esegue prima della dichiarazione di accettazione, a prescindere dal problema del mancato avviso (art. 1327, comma 2, c.c.), finisce per *ingerirsi nell'altrui sfera giuridica* e deve condurre a termine l'opera, non tanto perché la sua iniziativa ha creato affidamenti, quanto perché l'interruzione può determinare un danno.

Ora, non sembra possibile per via telematica negare la configurabilità di tale modalità di conclusione, se l'inizio dell'esecuzione assume una *rilevanza esterna* e un *significato concludente*, nel senso di dare luogo ad un *comportamento concludente commissivo non equivoco* e capace di ingerirsi nella *sfera giuridica altrui*. Diversamente in caso di comportamento idoneo ad assumere una mera rilevanza interna alla sfera dell'oblato. Pertanto, se l'esecuzione si esaurisce *nella sfera dell'oblato* senza ingerenza nella sfera del proponente (c.d. mancanza di rilevanza esterna), allora non si può configurare inizio dell'esecuzione (si pensi ad una proposta che abbia ad oggetto un *non facere*, ovvero ad una prestazione che, pure avendo ad oggetto un *facere*, si esaurisce nella sfera dell'oblato senza ingerenza nell'altrui sfera giuridica; così la proposta di pagamento per la realizzazione di un quadro nel proprio studio: il pittore potrebbe realizzare un bozzetto e poi desi-

stere). Se, invece, il destinatario della proposta pone in essere un comportamento (*facere*) capace non già di rimanere nella sua sfera di disponibilità, ma di assumere una *rilevanza esterna*, certamente si potrà configurare la fattispecie prevista dall'art. 1327 c.c. Ciò perché il comportamento, avendo rilevanza all'esterno, è inequivocabilmente destinato a produrre effetti per il proponente e/o per un terzo.

Il «pagamento»

Secondo taluni il **pagamento** di un bene o di un servizio, attraverso la digitazione e l'invio telematico dei dati identificativi della propria carta di credito, integra l'ipotesi di inizio dell'esecuzione prima della risposta dell'oblato ex art. 1327 c.c.¹⁷. Se fosse accolta tale tesi la conclusione del contratto sarebbe da considerare non più avvenuta nel luogo e nel momento ove l'accettazione del c.d. oblato, sottoforma di impulsi elettronici, giunge nel contenitore dei messaggi del *provider* del proponente, bensì nel *luogo di inizio dell'esecuzione*. In sostanza, ogni volta che viene richiesta - dall'offerente beni o servizi (per lo più imprenditore) al destinatario della proposta (per lo più consumatore) - l'accettazione mediante il pagamento stesso, il luogo di conclusione del contratto è da individuare nel luogo nel quale il destinatario della proposta ha «accettato» il contratto dando inizio all'esecuzione mediante pagamento dei beni o servizi richiesti, *rectius*, il luogo di *installazione del sistema informatico* del destinatario della proposta contrattuale. Questa tesi è stata avvertata con grande fermezza da parte della dottrina. Si è fatto notare che la digitazione del numero della carta di credito non equivale ad *inizio della esecuzione* ex art. 1327 c.c., in quanto non è pagamento, né rilascio di un mezzo di pagamento, ma autorizzazione a riscuotere presso l'emittente della carta, quindi, implica mera «conferma» di un'accettazione del cliente già esistente. Dunque manca, anzitutto, la *ratio* di certezza e rapidità propria dell'esecuzione. Le carte di credito, infatti, sono carte c.d.d. trilaterali nelle quali figura, da un lato, un rapporto emittente-utilizzatore, dall'altro, un rapporto emittente-esercente. Nel primo, consacrato in una convenzione, l'emittente la carta si obbliga con l'utilizzatore della stessa a che quest'ultimo emetta ordini di pagamento sullo stesso emittente. Il rapporto emittente-esercente, invece, consta di un accordo che, da una parte, obbliga il secondo a onorare le carte di credito spese dall'utilizzatore ed emesse dal primo e a comunicare le relative operazioni, mentre, dall'altra, obbliga l'emittente a onorare i relativi ordini di pagamento presentati dall'esercente.

Esistono, tuttavia, diverse tipologie di pagamento che vengono impiegate sulla Rete. Oltre a quelle tradizionali, tra le quali la carta di credito¹⁸,

Altre forme di pagamento.
Rinvio

¹⁷ Questo tipo di conclusione contrattuale caratterizzata dalla circostanza che l'accettazione in senso formale è sostituita dall'*inizio dell'esecuzione* negli Stati Uniti viene chiamata *acceptance by performance* ed è considerata del tutto alternativa all'*acceptance by promise*.

¹⁸ Sia essa tradizionale, sia essa peculiare, come il sistema (SET) *Secure Electronic Transaction* messo a punto dalla Visa e la Master Card, il quale si fonda sull'uso della critto-

sono state introdotte altre tipologie (*e-cash*)¹⁹ più sicure, veloci, basate sulla crittografia e capaci di soddisfare la segretezza dei dati, l'anonimato del soggetto, al fine di evitare la «tracciabilità» delle sue transazioni, l'integrità del messaggio, l'autenticazione dei soggetti coinvolti nella transazione, l'interoperabilità. Per questi sistemi, basati sulla moneta elettronica, nonché su carte (c.d.d. *smart cards*) o *file* «prepagati», è più controverso valutare se la loro utilizzazione equivalga o no ad inizio della *esecuzione* prima della risposta dell'accettante ex art. 1327 c.c. (sul punto si rinvia a pt. IV, cap. II).

È utile osservare, tuttavia, che non il problema del momento di conclusione del contratto, bensì quello del luogo perde oggi gran parte del suo rilievo visto che, indipendentemente dalle problematiche esposte, trattandosi spesso di contratto a distanza B2C, il *foro competente inderogabile* è quello del luogo di residenza o domicilio del consumatore, mentre la *legge applicabile* è, per lo più, scelta dalle parti, nei limiti delle disposizioni imperative della legge del Paese nel quale risiede abitualmente il consumatore (v. l'art. 3, comma 2, l. n. 218 del 1995; l'art. 14, comma 2, Conv. di Bruxelles del 1968, «concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale»; l'art. 5, comma 2, Conv. di Roma del 1980, sul diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali, nonché gli artt. 63, 33, comma 2, lett. *u* e 36, ult. comma, cod. cons.). Sul punto, tuttavia, si tornerà più avanti.

6. Segue. Lo schema dell'accettazione mediante silenzio-assenso o silenzio senza rifiuto telematico: il comportamento concludente omissivo ex art. 1333 c.c. quale «comportamento legalmente tipizzato». L'accordo o consenso come *uno* dei criteri di riferimento del disposto regolamentato d'interessi ad almeno due parti

e) Ai sensi dell'art. 1333 c.c. «la proposta diretta a concludere un contratto dalla quale derivino obbligazioni soltanto per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata. Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso».

grafia e della firma digitale. L'acquirente deve registrare *on-line* la propria carta di credito con la banca compilando un formulario elettronico inserendo nome, numero di carta di credito e scadenza. Le informazioni vengono poi criptate e inviate alla banca. Questa controlla l'autenticità del conto corrente e rilascia un certificato elettronico inserendo sullo stesso la propria firma digitale che prova che la carta di credito è valida. L'acquirente memorizza il certificato nel suo computer per gli usi successivi. Anche il venditore deve registrarsi allo stesso modo per ottenere il certificato. Una volta che le parti hanno ottenuto i certificati, il meccanismo di pagamento è pronto per l'uso.

¹⁹ Sorta di denaro virtuale che permette di effettuare vere e proprie transazioni finanziarie sulla Rete.

Silenzio-assenso

Si tratta di una ipotesi nella quale è lo stesso legislatore ad attribuire rilevanza al silenzio²⁰ ai fini della conclusione del contratto (silenzio-assenso o silenzio senza rifiuto telematico).

Questa norma, indipendentemente dal mezzo utilizzato per attuarla, ha suscitato talune osservazioni in dottrina, in particolare per quanto attiene al profilo strutturale. Ci si è chiesti se la predetta fattispecie debba essere inquadrata nella categoria dei negozi unilaterali a contenuto patrimoniale, ovvero in quella dei contratti, sia pure a formazione atipica.

La dottrina più tradizionale, partendo dalla nozione di contratto indicata dall'art. 1321 c.c. («accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale»), ha considerato la fattispecie prevista dall'art. 1333 c.c. quale ipotesi rientrante nella categoria, non dei contratti, ma dei negozi unilaterali. Ciò perché alla proposta di una parte (proposta che, ex art. 1333, comma 1, c.c., diviene irrevocabile appena giunge a conoscenza del destinatario se contiene obbligazioni a carico del solo proponente) non consegue l'accettazione dell'altra. La proposta e l'accettazione sono manifestazioni di volontà. Sì che si potrebbero evincere soltanto da una dichiarazione espressa (ovvero, da una manifestazione di volontà realizzata mediante un mezzo di linguaggio convenzionale) o da un comportamento concludente commissivo (si pensi all'art. 1327 c.c., ove si configura una accettazione nell'inizio dell'esecuzione) e non già dal mero silenzio (fatto omissivo), come nel caso dell'art. 1333 c.c. Coloro che inquadrano questa fattispecie nella categoria dei negozi unilaterali, quindi, partono dall'affermazione che soltanto i negozi caratterizzati da uno scambio di dichiarazioni sarebbero contratti e dal presupposto che il perfezionamento di un negozio bilaterale, sia o non telematico, coincide con la formazione di una «volontà comune», ovvero con una «fusione» dei consensi realizzata tramite dichiarazioni espresse o manifestazioni di volontà desunte da comportamenti concludenti commissivi. L'imprescindibilità di un accordo, bilateralmente raggiunto ed espresso, è postulato da questa dottrina come necessario per l'esistenza del contratto. Ogni volta che viene a modificarsi l'altrui sfera giuridico-patrimoniale vi sarebbe la necessità del «consenso» e, quindi, di una proposta e di una accettazione nel senso suindicato. A sostegno della tesi si invoca sia la stessa definizione del contratto quale «accordo» tra due o più parti, sia la norma che impone di interpretare il negozio contrattuale alla luce della «comune intenzione delle parti» (art. 1362 c.c.). Secondo l'impostazione in esame, quindi, l'art. 1333 c.c. non individuerrebbe una ipotesi di

²⁰ Generalmente il silenzio non vale come accettazione (né come rifiuto), dato che non è possibile «obbligare» taluno, ancor più se consumatore, a rispondere di tutte le eventuali offerte contrattuali pervenutegli. Non vale, quindi, nel diritto privato, il detto secondo il quale chi tace acconsente, a meno che la legge (come nel caso dell'art. 1333, comma 2, c.c.), la società, o le parti, mediante un preventivo accordo, attribuiscono un significato all'inerzia.

contratto, sia per la struttura dell'atto di proposta, che per il modo con il quale si configura l'«accettazione», ma un negozio unilaterale.

Questa dottrina, tuttavia, è ispirata non tanto dall'esigenza di protezione dell'interesse di una parte, quanto dalla difesa di un dogma e, per evitarne la crisi, trasferisce la fattispecie di cui all'art. 1333 c.c. nella categoria delle dichiarazioni unilaterali non contrattuali. Il prezzo da pagare per tale trasferimento è elevato, in quanto non può non riconoscersi che il negozio unilaterale, di cui all'art. 1333 c.c., subisce il trattamento giuridico dei contratti: sì che la distinzione fra contratto e semplice dichiarazione unilaterale verrebbe superata da un'ulteriore categoria generale, capace di ricomprendere l'uno e l'altro fenomeno.

Più condivisibile è l'impostazione tesa a qualificare la fattispecie in esame ...come contratto quale contratto. Ciò o attribuendo, talora, valore di accettazione al silenzio e al comportamento concludente omissivo o spostando il requisito della bilateralità dall'area del fatto (necessità del consenso di due o più parti) all'area del valore (nel senso che è il regolamento di interessi patrimonialmente valutabile a dover essere riferibile ad almeno due parti, indipendentemente dalla fase della formazione del contratto, ossia all'area del fatto, la quale può essere pure a formazione unilaterale). La formazione del contratto, infatti, consiste in un procedimento e cioè in una sequenza di comportamenti umani. Nell'ambito di tale sistema si può identificare un modello base, che è quello definito dall'art. 1326 c.c. e corrisponde al modo con il quale in generale i contratti si formano nel nostro ordinamento, e svariati sub-modelli (artt. 1327, 1333, 1395 c.c.). La fattispecie in questione (art. 1333 c.c.), quindi, si deve qualificare come contratto, sia perché il regolamento di interessi è bilaterale e, come tale, è riferibile ad almeno due parti (giòva ricordare, ad esempio, che nella figura del contratto con sé stesso - art. 1395 c.c. - manca totalmente ogni forma di accordo o consenso eppure si è in costanza di un contratto poiché il regolamento di interessi è riferibile o imputabile ad almeno due parti), sia perché l'accordo si è perfezionato grazie all'incontro di una manifestazione espressa del proponente e di una manifestazione tacita o per comportamento concludente omissivo (c.d. silenzio-assenso) dell'oblato. Non bisogna dimenticare, inoltre, che la fattispecie di cui all'art. 1333 c.c. si configura soltanto nell'ipotesi in cui la proposta diretta a concludere il contratto contiene «obbligazioni a carico del solo proponente». Dunque il contratto non è ad effetti corrispettivi, sì che è più facile configurare, rispetto ad altre ipotesi, un'accettazione mediante silenzio, poiché la sfera giuridica del destinatario è per lo più tutelata²¹.

...ad effetti
non corrispettivi

²¹ Secondo parte autorevole della dottrina, infatti, la possibilità di un accordo non bilaterale sorge soltanto in relazione a contratti tendenti ad imporre obblighi o altre perdite ad una sola delle parti, mentre, in tutti gli altri casi è imprescindibile la necessità di una consensuale iniziativa (mediante manifestazione espressa o comportamento concludente commissivo) delle parti che legittimi il contratto e giustificati i suoi effetti. Là dove la bi-

Accettazione
tacita

In ogni caso la giustificazione della teoria contrattuale è da fondare su una *factio iuris*, precisamente nell'identificazione tra mancato rifiuto e accettazione, nel senso che il mancato rifiuto, ovvero il silenzio senza rifiuto telematico, altro non attesterebbe se non una accettazione tacita (c.d. silenzio-assenso). Infatti, se nel potere di accettare è insito il potere di rifiuto, viceversa nel potere di rifiuto è pure, talvolta, insito il potere di accettare: se l'ordinamento attribuisce ad un soggetto il diritto di accettare, se siasi ragione, questi non intende esercitarlo è sufficiente non dar luogo ad una dichiarazione di accettazione e la proposta s'intenderà rifiutata; viceversa, in alcuni casi stabiliti dalla legge - proposta con obbligazioni a carico del solo proponente, ex art. 1333 c.c. - o previo accordo delle parti stesse o per consuetudine, se un soggetto ha un potere di rifiuto e non intende accettare è sufficiente che lo espleti e la proposta s'intenderà non accettata.

Il silenzio senza rifiuto altro non è che una manifestazione dalla quale, talvolta, si evince implicitamente la volontà di non rifiutare, quindi la volontà di accettare (chi tace acconsente!). Naturalmente ciò accadrà nei casi espressamente previsti dal legislatore, giustificati da ragioni di politica legislativa (l'art. 1333 c.c., come detto, è applicabile soltanto nel caso in cui la proposta diretta a concludere un contratto contiene «obbligazioni a carico

lateralità dell'accordo è indispensabile per la valida instaurazione dello stesso, questa sicuramente discende da due principi insiti nel nostro ordinamento: la sovranità formale del soggetto sulla propria sfera giuridica, in base alla quale la sfera di un soggetto non può essere alterata dalle dichiarazioni unilaterali altrui e la prevenzione della lesione patrimoniale ingiusta. Questa dottrina sostiene, dunque, la non necessità del consenso per la modificazione dell'altrui sfera giuridica patrimoniale, purché gli effetti siano favorevoli. Esistono negozi unilaterali atti a produrre tale modificazione a prescindere da ogni manifestazione di consenso. Si pensi al legato (quale atto *mortis causa*), al contratto a favore di terzo (art. 1411 c.c.), nei quali vi è la possibilità di produrre effetti favorevoli nella sfera giuridica di un terzo rimasto assolutamente estraneo alla realizzazione della fattispecie. Il principio della c.d. relatività e del valore *inter partes* della regola negoziale è, dunque, un principio della assoluto, nel senso che il legislatore può derogarvi. Questa tesi - partendo dal presupposto quello perseguito dall'altra, si che non sarebbe possibile la formazione di una volontà comune - vede nella fattispecie un semplice modo di formazione del contratto. Presupposto che parte, però, da un difetto di fondo, in quanto fondato su di una confusione tra il regolamento contrattuale (il «voluto») - che deve essere accettato da entrambi i contraenti e perciò, sotto questo profilo, può legittimamente definirsi «comune» - e lo scopo o motivo (soggettivo) che spinge ciascuna parte ad accettare quel regolamento nel suo complesso. Questo, infatti, è contemporaneamente fonte, sia dei vantaggi, la previsione dei quali avrà concretamente indotto il singolo a contrarre, sia degli eventuali sacrifici che, giuridicamente, vanno considerati «voluti» dalla parte onerata non meno dei primi. Pertanto una parte che se è rimasta insoddisfatta del regolamento di interessi autonomamente creato non può negare che il contenuto dispositivo del contratto sia espressione di un accordo, dunque, di una «volontà comune» (comune intenzione). Potrà negarlo soltanto nel caso in cui l'accordo sia stato viziato ad es., da dolo, violenza o errore (sui c.dd. vizi del consenso vedi gli artt. 1427 ss. c.c.).

del solo proponente»), o nelle ipotesi in cui il silenzio è già di per sé un «normale» mezzo di linguaggio convenzionale equivalente alla parola (si pensi al silenzio al quale le parti attribuiscono, previo accordo, un valore di linguaggio convenzionale e al silenzio circostanziato o, ancora, al silenzio come mezzo di linguaggio già in uso tra le parti: due imprenditori che da tempo concludono accordi mediante una richiesta di fornitura di merci - proposta - alla quale consegue, in caso di non rifiuto entro il termine abituale, la consegna della merce). In questi ultimi casi il silenzio diviene, addirittura, suscettibile di configurare un accordo ex art. 1326 c.c.

Sì che lo schema della proposta-accettazione, di cui all'art. 1326 c.c., non è l'unico possibile, ma uno dei molteplici modi di conclusione del contratto. In quello previsto dall'art. 1333 c.c. il silenzio acquista il valore di manifestazione tacita di volontà, ovvero di comportamento concludente omissivo con valore e significato legalmente tipico, nel senso che è la legge (in presenza di una proposta come quella contemplata dall'art. 1333, comma 1, c.c.) ad attribuire, senza peraltro possibilità di prova contraria, valore (negoziale) di accettazione ad un contegno omissivo che, di per sé, sarebbe inidoneo a determinare la conclusione di un contratto.

Sembra possibile affermare, dunque, che la **bilateralità**, quale elemento essenziale della fattispecie contrattuale, è presente nell'art. 1333 c.c. Ciò sia nella fase della formazione del contratto (sottoforma di accordo o consenso), sia nell'area del valore, ovvero del regolamento di interessi (sottoforma di riferibilità dello stesso ad almeno due parti; c.d. bilateralità). Nel caso di specie non soltanto il regolamento di interessi è riferibile ad almeno due parti, ma è individuabile l'accordo inteso nel senso di volontà comune. Pertanto il procedimento di formazione delineato nell'art. 1333 c.c. non è caratterizzato dall'unilateralità sia sotto il profilo formativo sia sul piano del valore o dell'assetto di interessi. In ordine al primo aspetto si può affermare che la proposta del soggetto che si intende obbligare non è idonea, da sola, ad esaurire la fase formativa, essendo necessario un riscontro relativo al comportamento della controparte, che in detto contesto, si identifica nel mancato rifiuto (*recitius*, accettazione) entro il termine determinato dagli *usi* o dalla *natura degli affari*. Il comportamento del destinatario la proposta, quindi, è considerato e disciplinato come un «comportamento legalmente tipizzato», suscettibile di configurare una particolare modalità per realizzare un accordo.

In ordine al secondo aspetto si può rilevare che la bilateralità non presuppone necessariamente l'accordo. Esistono meccanismi di conclusione del contratto, come quello previsto dall'art. 1395 c.c. (contratto con se stesso), per i quali pur non essendo configurabile un consenso non si può discorrere di negozio unilaterale poiché il regolamento di interessi è riferibile ad almeno due parti. Sì che anche da questo punto di vista si può individuare nell'art. 1333 c.c. una fattispecie contrattuale.

Indipendentemente dalla tradizionale *querelle* sull'art. 1333 c.c. è giusto

Bilateralità del
contratto intesa
come riferibilità
del disposto assetto
d'interessi ad
almeno due parti

La configurabilità
telematica

sottolineare, ai fini della nostra trattazione, che qualora si accetti la teoria del negozio unilaterale, o la dottrina che sostiene la visione contrattuale, entrambe le fattispecie sono comunque realizzabili attraverso il mezzo telematico.

Tuttavia, da queste contrapposte posizioni derivano conseguenze pratiche diverse. Prima fra tutte quella relativa al momento nel quale si producono gli effetti della c.d. proposta. Per la teoria del negozio unilaterale l'effetto si produce nel momento nel quale l'oblato viene a conoscenza della proposta, attraverso l'operazione di *downloading* (art. 1334 c.c.), mentre secondo l'impostazione contrattualistica l'effetto si produce soltanto nel momento nel quale il contratto si perfeziona, ossia con il trascorrere del tempo utile all'esercizio del potere di rifiuto. Altra conseguenza concerne il valore del comportamento omissivo. Se dovesse essere valutato alla stregua di un negozio giuridico saranno applicabili le regole sulla capacità, sui vizi del consenso e, più in generale, tutte le regole ricollegate alla presenza di una dichiarazione. All'opposto qualora si qualifichi la fattispecie in termini di negozio unilaterale, la non intenzionalità del contegno da parte dell'oblato non osterebbe al mancato rifiuto e quindi alla definitività del vincolo. Il non-rifiuto non varrebbe accettazione restando irrilevante la volontarietà di tale situazione che rileverebbe soltanto (quale mero fatto giuridico) se riferita alla decadenza del potere di rifiuto. In questa sede si condivide la tesi contrattualistica. Dunque l'art. 1333 c.c. non è che un'ulteriore modalità di formazione del contratto che si caratterizza per la circostanza che il *tempo di conclusione* (e quindi la produzione degli effetti contrattuali) è da individuare *sempre* nel momento della *scadenza del termine* per esercitare il potere di rifiuto. Per l'individuazione del *luogo di conclusione* occorre ancora una volta distinguere le ipotesi: qualora si comunichi tramite *Internet* (ovvero con l'intermediazione di un *provider*) è da identificare con quello dove si trova il *server dell'Internet provider* ricevente la proposta irrevocabile (ovvero il *server* di appoggio del «desinatario» oblato), qualora la comunicazione avviene mediante altro mezzo di comunicazione individualizzata che non fa uso dell'intermediazione di un *provider* (ad es., la connessione diretta via *modem*) è da individuare là dove è installato il *server del computer* del «destinatario» oblato, ovvero il *server del computer* ricevente la proposta irrevocabile. Diversamente nel caso in cui la connessione non permette neanche la memorizzazione di messaggi, richiedendo la connessione in tempo reale. In tale ipotesi il contratto è da ritenere concluso nel luogo nel quale il destinatario «oblato» ha *effettiva conoscenza* della proposta contenente obbligazioni per il solo proponente (quindi un luogo più difficilmente individuabile).

Le osservazioni proposte consentono di affermare, tenendo conto delle peculiarità dovute al particolare *medium* utilizzato, che è possibile applicare al contratto telematico tutte le modalità di conclusione previste dal codice civile.

Il luogo di conclusione

L'individuazione del luogo di conclusione del contratto, tuttavia, non è

certo sufficiente per definire taluni problemi di fondamentale importanza, quali, ad es., quello della legge applicabile al contratto e del foro competente (sul punto v. *retro*, pt. I, cap. II, § 3 ss.). Talora il problema è risolto non già mediante l'individuazione del luogo di conclusione del contratto (*lex loci contractus*), ma tramite altri criteri, quali quello del *collegamento più stretto*. Inoltre, nei contratti B2B sono le parti che spesso si accordano sulla legislazione applicabile al contratto e sul foro giudicante: si pensi, tuttavia, alle problematiche riguardanti i contratti in frode alla legge nelle ipotesi di c.d. *law shopping* (art. 1344 c.c.). Viceversa, nei contratti B2C il foro competente è quello situato nel luogo «di residenza o di domicilio del consumatore» (artt. 63 e 33, comma 2, lett. *u*, cod. cons.), mentre la legge applicabile è scelta dalle parti, purché il consumatore non sia privato della protezione garantitagli dalle disposizioni imperative della legge del Paese nel quale risiede abitualmente (art. 5, comma 2, Conv. di Roma del 1980 e art. 36, ult. comma, cod. cons.). Ciò tutela il consumatore poiché, da un lato, si prevede una competenza territoriale *inderogabile* del foro del luogo di residenza o domicilio del consumatore stesso (con un minor aggravio di costi nel caso di controversia), dall'altro, si elimina il rischio che l'imprenditore-proponente possa scegliere un *server* in uno Stato *off-shore* per eludere le garanzie della normativa comunitaria. Nei contratti B2B accade, altresì, che il legislatore determina il luogo di conclusione del contratto *per relationem*, dall'individuazione del luogo fisico di stabilimento del prestatore del servizio, indipendentemente dal domicilio informatico scelto dal proponente (il *server* dell'ISP). Sul punto vedi gli artt. 2, lett. c, 3, comma 1, e 5, lett. b dir. 2000/31/CE e gli artt. 2, comma 1, lett. c, 3, comma 1, e 7, comma 1, lett. b, d.lg. n. 70 del 2003. Il problema del luogo, dunque, non può che essere risolto anche alla luce delle norme di diritto internazionale privato (l. 31 maggio 1995, n. 218) e delle convenzioni internazionali uniformi²².

È necessario, pertanto, comprendere che il carattere internazionale della Rete comporta notevoli difficoltà. I problemi dell'individuazione della nazionalità della controparte, del foro competente e della legge applicabile sono soltanto alcuni di quelli che affliggono continuamente l'interprete. Pur rinviando le questioni ad altra sede (v. *retro*, pt. I, cap. II, § 3 ss.) è utile evidenziare che la prassi commerciale, come sovente accade, ha elaborato una serie di accorgimenti per la risoluzione di tali problemi. Spesso, ad es., vengono inseriti all'interno del sito i c.dd. *disclaimer*, contenenti espliciti avvisi che restringono l'offerta a determinati Paesi, al fine di orientare la disciplina applicabile a legislazioni tendenzialmente uniformi; talvolta o l'accesso ai siti è consentito, a mezzo *password*, unicamente agli utenti di de-

²² Si pensi alla Conv. di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni immobili del 1980.

terminati Paesi o colui che offre il bene o il servizio non formula una vera e propria offerta al pubblico, contenente gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta (c.d. proposta), bensì, come visto, un invito a proporre. Ciò consente il gradimento in ordine alla persona che risponde, nonché la facoltà di rimettere al potenziale acquirente l'onere di formulare un'offerta e, così, rendere i suoi dati identificativi al fine di ponderare maggiormente la conclusione dell'accordo.

Non poco rilevanti, quindi, sono le regole emerse spontaneamente nel mercato come risposta immediata alle conseguenze derivanti dall'affermarsi delle nuove tecnologie. Ciò favorisce la costituzione di una *lex mercatoria* di Internet (c.d. *lex electronica*), la quale è espressione di una esigenza di risposta all'estrema oggettivazione degli scambi, nel tentativo di favorire l'estensione di pratiche contrattuali uniformi.

L'interprete, tuttavia, non dovrà mai dimenticare che ciò che accade in Internet deve conformarsi ai principi ed ai valori normativi degli ordinamenti giuridici vigenti, sì che anche la Rete non può diventare un mezzo per eludere l'applicazione di norme imperative e principi fondamentali.

7. Ordini impartiti per errore

Lasciando da parte le problematiche della violenza, del dolo e dell'errore motivato (art. 1427 c.c.), ogni volta che si conclude un contratto telematico, a prescindere dalla modalità di conclusione utilizzata, può accadere che uno dei contraenti, nell'impartire un ordine di «acquisto», incorra in un *errore sulla dichiarazione o sulla sua trasmissione*. Tale errore si può verificare con riferimento alle distinte fasi: *a*) di introduzione dei dati, allorché il contraente, nell'inoltrare l'ordine di eseguire una determinata prestazione, per errore digita un dato non corrispondente a quello da lui voluto; *b*) di trasmissione dei dati, allorché un contraente invia il proprio ordine alla controparte e l'ordine stesso subisce una modificazione non voluta; *c*) di esecuzione dell'ordine, allorché il programma del venditore compie un'operazione di calcolo errata, alterando l'ordine stesso.

Nell'ipotesi *sub a*) si configura un *errore ostativo*, ossia una divergenza tra volontà dell'autore della dichiarazione e dichiarazione stessa (art. 1433 c.c.). In tale ipotesi l'errore per assumere rilevanza e condurre all'annullabilità del contratto deve possedere i requisiti della riconoscibilità²³ e del-

²³ L'errore è riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto, ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di «normale» diligenza avrebbe potuto rilevarlo (art. 1431 c.c.). Necessario, tuttavia, è adeguare la riconoscibilità dell'errore anche alle qualità professionali del contraente. Il requisito della riconoscibilità protegge l'affidamento del contraente che senza sua colpa, in relazione al contenuto e alle circostanze,

l'essenzialità²⁴ (art. 1428 c.c.). Nel secondo caso *b*) si configura un errore nella dichiarazione o nella trasmissione, il quale viene generato da disfunzioni nella rete di trasmissione dei dati. Ancora una volta la fattispecie è qualificabile come *errore ostativo* (art. 1433 c.c.): rilevanti sono l'essenzialità e la riconoscibilità.

Nell'ultima ipotesi *c*), invece, si è in presenza di un *errore di calcolo*, Errore di calcolo poiché si fa riferimento ad un mero errore di conteggio in un'operazione aritmetica eseguita con fattori esattamente indicati, nonché ad un errore derivato da un malfunzionamento del *software* che ha analizzato l'ordine ricevuto via Internet. Nel caso di specie l'errore, se riconoscibile, dà luogo, non ad annullamento dell'atto, ma a rettifica (art. 1430 c.c.).

Ci si è chiesti cosa accade qualora, attraverso *e-mail*, venga inoltrata una dichiarazione di accettazione già confezionata, che non doveva, almeno per il momento, essere inviata, in quanto con la posta elettronica è possibile redigere il messaggio e poi «parcheggiarlo» tra quelli in attesa di spedizione. Tale ipotesi dovrebbe essere fatta rientrare nell'ambito del c.d. «rischio informativo» e del principio dell'autoresponsabilità: sull'utente grava il fatto di aver detto sì al «gioco» e alle sue regole. Dunque, se si tratta di una dichiarazione di accettazione, l'utente, a meno che non dia luogo ad una revoca «immediata» (per non dire fortunosa), si troverà vincolato. Ciò perché l'accettazione, per il suo carattere impegnativo, è uno strumento pericoloso, da non mettere in opera se non a ragion veduta, tanto più quando non consente pentimenti o ritorni: è l'ipotesi della mancata revoca o della revoca tardiva. Né rileverebbe, nel caso di specie, la disciplina dell'errore prevista dall'art. 1428 ss. c.c., che presuppone o un *errore motivato*, il quale incide sul processo di formazione della volontà prima che sia dichiarata all'esterno (si pensi al caso di chi acquista una copia al posto di un quadro d'autore o chi acquista aceto credendo di acquistare vino), o *l'errore ostativo*, il quale, come visto, si verifica quando la volontà di un soggetto, non viziata da alcunché, ha una erronea formulazione nel mezzo usato per la sua esternazione (si pensi all'errore di battitura).

Non è da confondere, inoltre, l'errore ostativo con la *falsa demonstratio*, la quale consiste nell'indicazione erronea di una persona (ad es., con un nome anziché un altro) o di un bene (ad es., un colore al posto di un altro) quando, peraltro, non v'è incertezza alcuna in ordine alla sua identificazione. È tale certezza a rendere l'erronea indicazione del tutto irrilevante.

conclude un contratto ignorandone l'invalidità e costituisce, al contempo, un limite alla tutela della parte in errore.

²⁴ Ai sensi dell'art. 1429 c.c., l'errore è essenziale quando cade, ad es., sulla natura o sull'oggetto del contratto, sulla identità o qualità dell'oggetto della prestazione, nonché sul prezzo dichiarato in contratto (scrivo 100 anziché 1000 o rilascio quietanza a saldo, anziché in conto prezzo).