



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



L'EVOLUZIONE DIGITALE: DAL CONTRATTO BORGHESE A QUELLO VIRTUALE

Nonostante i ripetuti interventi legislativi e dogmatici sulla materia in esame, i persistenti dubbi circa la struttura, contenuto, forma e modalità di conclusioni dei contratti virtuali derivano dalle difficoltà di ordinare sistematicamente le molteplici forme di contrattazione telematica che emergono nella prassi, sia dei problemi di selezione della disciplina applicabile. Seguendo le coordinate offerte dalla legislazione comunitaria, il saggio in esame intende offrire una chiave di lettura, di matrice sostanziale, per dipanare i vari profili critici sottesi alla figura del contratto virtuale.

di **Armando Iadevaia**

IUS/02 - DIRITTO PRIVATO COMPARATO

Estratto dal n. 5/2020 - ISSN 2532-9871

Direttore responsabile
Raffaele Giaquinto

Pubblicato, Venerdì 22 Maggio 2020

 Abstract ENG

The new frontier of digital contract requires new challenges. This paper examines the impact of new technology, in particular measures to reduce barriers to online trade perceived by consumers and retailers. The European Commission is working to harmonise rules for online purchases in order to increase consumer protection and trust in the digital single market. The last step is to overcome difficulties of domestic law.

Sommario: 1. Profili introduttivi 2. La struttura dello spazio virtuale 3. Prospettive europee di armonizzazione 4. Il ruolo del contratto virtuale nel nostro assetto ordinamentale 4.1. La disciplina del contratto virtuale 4.2. La fase delle trattative e la violazione degli obblighi informativi: questioni sostanziali e processuali 4.3 Gli oneri di forma 4.4 Ingerenza e controllo del giudice sul regolamento contrattuale virtuale 4.5 L'efficacia probatoria del documento virtuale 5. Considerazioni conclusive

1. Profili introduttivi.

A partire dagli ultimi decenni del secolo scorso, l'economia globale si è progressivamente trasformata, con l'avvento delle tecnologie informatiche, in un'economia digitale. Più in dettaglio, le tecnologie dell'informazione e della comunicazione non rappresentano più un settore a sé stante, bensì il fondamento stesso di tutti i principali sistemi economici innovativi moderni.

Lo spazio virtuale generato da Internet ha subito un profondo mutamento ontologico dalle origini ad oggi, con rilevanti conseguenze sotto il profilo giuridico ed economico. La commercializzazione della rete, ossia l'utilizzo di Internet e dello spazio virtuale, per finalità di scambio di beni e servizi, alla base del fenomeno del commercio elettronico (e-commerce) e la progressiva assunzione di un ruolo strategico per l'economia dei paesi tecnologicamente più evoluti ha posto e pone, infatti, una serie di rilevanti problemi giuridici connessi all'attività negoziale online.^[1]

L'evoluzione socioeconomica ha consentito l'affermazione un nuovo paradigma industriale, la quarta rivoluzione denominata Industria 4.0, in cui tutte le fasi produttive sono gestite e condizionate dalle informazioni, raccolte dalla progettazione sino al post-vendita, da eterogenee tecnologie abilitanti digitali che interconnettono sistemi produttivi, prodotti e consumatori^[2]. I nuovi mercati dello spazio virtuale sono caratterizzati da nuove modalità di fruizione di beni immateriali e servizi: il classico diritto esclusivo di proprietà cede il passo a nuovi modelli negoziali di fruizione non

esclusiva e temporanea.

Lo spazio virtuale si presenta dematerializzato, come un non luogo, che mette in crisi la concezione tradizionale delle regole giuridiche in generale, e di quelle contrattuali, delineate dal Codice civile, in particolare. Con la locuzione “spazio virtuale”, che deve la sua fortuna, nella versione originaria inglese di “**cyberspace**”, al romanzo *Neuromance* dello scrittore Gibson^[3], s'intende descrivere la realtà generata da Internet: una realtà immateriale, virtuale con proprie regole sensoriali e spazio-temporali^[4].

Una realtà nuova, praticata dal c.d. *homo digitalis*^[5], dove i tradizionali elementi “temporali” e “spaziali” caratteristici del mondo reale, riferimenti fondamentali per il diritto in generale ed in particolare della disciplina giuridica dei contratti, perdono di significato: la crisi della rilevanza spazio-temporale segna la « morte della distanza^[6]. Questo “luogo” immateriale o spazio virtuale, costituisce un nuovo ordine artificiale,^[7] presupposto tecnologico insostituibile, su cui si fondano il commercio elettronico e l'e-business in generale.

2. La struttura dello spazio virtuale.

In un mondo in cui la tecnologia consente alle persone di interagire, di svolgere attività economiche e sociali ad altissima velocità, ventiquattr'ore su ventiquattro, la durata si restringe fin quasi alla simultaneità e le distanze sembrano annullarsi.

Le tecnologie della comunicazione e le modalità di interazione attraverso Internet “destrutturano lo spazio localizzato, di concezione cartesiana, lo rideterminano e lo delocalizzano a livello globale”. Si tratta di un processo conseguente al tempo di trasmissione dell'informazione, che si avvicina alla velocità della luce. “La limitatezza oggettiva delle cose supera l'intrinseca spazialità e raggiunge una infinita corporeità attraverso la fusione con l'immateriale, con il pensiero, con la conoscenza, con l'informazione che non ha limiti e non ha dimensioni se non quelle dell'infinita e dell'illimitatezza che attraversa l'uomo che con il suo corpo e la sua mente raggiunge la piena padronanza di sé attraverso la gestione del sapere in tutta la sua globalità. Non c'è nessun limite spaziale né temporale, tutto il sapere può essere raggiunto e conquistato”^[8].

L'origine del termine “**cyberspazio**” si trova nella parola greca *kyber*, il cui significato è “navigare”, quindi indica uno spazio effettivamente navigabile. L'inventore del termine è lo scrittore William Gibson che nel romanzo *Neuromante* descrisse uno spazio digitale e navigabile, un mondo elettronico visivo e colorato, nel quale individui e società interagiscono attraverso le informazioni. Il cyberspazio di Gibson, che ne esplora in primo luogo le implicazioni sociali e politiche, è un universo di reti digitali di computer, un

mondo nel quale multinazionali, corporazioni e pirati informatici si scontrano per la conquista dei dati e delle informazioni: è un nuovo fronte culturale ed economico.

Secondo la definizione fornita da Gibson, il cyberspazio è “un’allucinazione consensuale (...) una rappresentazione grafica di dati tratti dalle banche dati di ogni computer nel sistema umano (...)”. In questo caso il cyberspazio può essere considerato uno spazio informativo da almeno due punti di vista: sia perché al suo interno è possibile consultare informazioni (ad esempio quelle contenute in una banca dati) sia perché è fatto di informazioni. Il cyberspazio è, dunque, un luogo di organizzazione e condivisione dell’informazione, con la particolarità che tale informazione è in formato digitale, dotata della peculiare caratteristica di riproducibilità e facilità di trasferimento; inoltre, gli strumenti per la gestione di questa informazione sono in parte essi stessi informazione, sotto forma di programmi e istruzioni per computer^[9].

Il soggetto, dunque, non si muove più, con la sua fisicità, all’interno dello spazio reale, ma resta immobile al centro del mondo, e aspetta che il computer gli si “muova” intorno, in forma immaginaria, e che lo faccia in maniera talmente precisa e coordinata da dargli l’illusione che a muoversi sia invece e comunque lui. A questo punto è importante mettere in luce la dimensione di interazione sociale che accompagna sempre più spesso gli ambienti di realtà virtuale. In molti casi l’interazione dell’utente con un ambiente simulato avviene attraverso una rappresentazione dell’utente stesso all’interno dell’ambiente.

Questo “alter ego virtuale” a volte ha solo lo scopo di selezionare alcune componenti dell’ambiente e di consentire di interagire con esse, ad esempio eseguendo determinate operazioni. In altri casi, tuttavia, l’alter ego virtuale (o avatar) deve svolgere compiti più complessi: in particolare, il compito di rappresentare l’utente in situazioni di interazione con altri utenti, in cui il cyberspazio acquista un’altra, importante caratteristica propria dello spazio reale. Lo spazio reale è, infatti, anche il contesto in cui interagire e comunicare con i nostri simili, è insomma uno spazio sociale. Nel momento in cui uno spazio virtuale generato dal computer non mira più a consentire un’esperienza individuale, ma comincia, invece, a popolarsi di rappresentazioni virtuali di più utenti, in grado, proprio attraverso queste rappresentazioni, di comunicare ed interagire in tempo reale, anche il cyberspazio diventa uno spazio sociale.

L’organizzazione dello spazio virtuale, basato sul world wide web, è modellata, principalmente, mediante la creazione di siti e portali, che hanno lo scopo di generare il massimo traffico di navigazioni. Muoversi in un portale conosciuto ed apprezzato, aumenta il numero delle pagine web viste. Il navigatore migliora la conoscenza del sito, massimizzando la sua fedeltà al sito stesso. Si crea, così un circolo virtuoso: aumenta il valore per le aziende che fanno advertising e vendono prodotti e servizi sul portale;

aumenta il fatturato e la redditività del portale. Un sito web viene qualificato portale quando per l'elevato livello di organizzazione e strutturazione è in grado di fornire contenuti, servizi e prodotti eterogenei^[10].

A ciò si devono aggiungere nuovi spazi virtuali delineati dall'architettura dei motori di ricerca, si pensi a Google, delle piattaforme di fruizione di opere musicali online, si pensi a iTunes, e dei social network globali, solo per fare alcuni significativi esempi. Non si può, con riferimento a questi ultimi, non menzionare Instagram, Facebook, a cui risulterebbero iscritti milioni di utenti a livello globale, e Twitter, che segue con oltre 500 milioni di iscritti.

Il sito web, identificabile univocamente mediante un indirizzo telematico denominato URL, Uniform Resource Locator, che può essere espresso con il codice numerico Internet Protocol (IP) oppure mediante l'utilizzo del codice alfanumerico dei nomi di dominio (Domain Name System), si caratterizza per essere costituito da una o più pagine ipertestuali, normalmente scritte in linguaggio HTML, Hyper Text Markup Language o altro codice informatico^[11].

Un sistema di comunicazioni, secondo una nota definizione,^[12] può essere efficacemente descritto considerando i seguenti tre profili:

- il substrato fisico («The Physical Layer»),
- il substrato logico («The Code Layer»)
- il substrato informativo («The Content Layer»).

Per substrato fisico si intende l'infrastruttura hardware e lo spazio fisico utilizzato dal mezzo di comunicazione per operare; substrato logico, il software che consente il funzionamento dell'hardware; substrato informativo, il contenuto trasmesso dal mezzo di comunicazione considerato.

Anche il sistema di comunicazioni Internet può, quindi, essere descritto come substrato fisico, in quanto infrastruttura di comunicazione^[13], come substrato logico, in quanto codice informatico; come substrato informativo, in quanto contenitore di informazioni.

3. Prospettive europee di armonizzazione.

La globalizzazione del diritto ha trovato un suo momento di composizione nella nuova dimensione immateriale e delocalizzata, senza frontiere, generata dalle piattaforme commerciali online veicolate tramite le reti di comunicazione elettronica: il Diritto delle Nuove Tecnologie, noto anche come **High Tech Law**, risponde pienamente alle istanze regolatorie di tale complesso fenomeno.

Nel tentativo di offrire una regolamentazione unitaria delle nuove tecnologie informatiche, le istituzioni comunitarie hanno fatto ricorso alla strategia del **Digita single market** (d'ora in poi DMS).

Si tratta del riconoscimento di un mercato virtuale in cui è assicurata la libera circolazione di persone, servizi e capitali e in cui gli individui e le imprese possono accedere e impegnarsi senza interruzioni in attività online in condizioni di concorrenza leale e un livello elevato di protezione dei dati personali dei consumatori, indipendentemente dalla loro nazionalità o luogo di residenza.

Secondo le dichiarazioni del portavoce della Commissione europea, l'adozione di tale modello di interrelazioni economiche consentirà all'UE di mantenersi tra i leader mondiali dell'economia digitale, sostenendo la crescita delle imprese europee su scala globale.

Il 6 maggio 2015, la Commissione europea ha presentato la Comunicazione "A Digital Single Market Strategy for Europe", accompagnata da uno staff working document contenente le azioni prioritarie sulle quali intende concentrarsi nel corso del biennio successivo. La Strategia è strutturata in 3 pilastri e 16 azioni chiave, ognuna delle quali sarà accompagnata da un preventivo impact assessment, nel rispetto del principio di Better regulation.

Avendo percepito l'importanza delle tecnologie digitali e di internet, la Commissione ha deciso di impegnarsi per innovare il mercato unico europeo, rendendolo adatto alla digital age.

Fino a quel momento sia le aziende che i consumatori si trovavano di fronte a barriere nell'utilizzo di strumenti e servizi online, che impedivano non solo ai cittadini, ma anche ai governi, di poter beneficiare, a pieno titolo, della digitalizzazione.

L'obiettivo posto dalla Commissione Juncker è stato quello di creare un Mercato Unico Digitale in cui sia garantita la libera circolazione di merci, persone, servizi, capitali e dati, e in cui cittadini e le imprese possano accedere in modo trasparente ed equo a beni e

servizi online, indipendentemente dalla loro nazionalità e da dove risiedano.

Gli obiettivi espressamente enunciati dalla Commissione Europea sono molteplici:

Promuovere l'e-commerce nell'Unione Europea eliminando il geoblocking e rendendo le consegne transfrontaliera più economiche ed efficienti, Modernizzare le norme sul copyright nell'UE per adattarle all'era digitale, Aggiornare le norme audiovisive e lavorare con le piattaforme per creare un ambiente più equo per tutti, promuovere film europei, proteggere i bambini e affrontare l'incitamento all'odio, Aumentare la capacità dell'UE di rispondere agli attacchi informatici rafforzando l'ENISA, l'agenzia europea per la cybersecurity, Beneficiare del potenziale della European Data Economy creando delle norme per il libero flusso di dati non personali tra gli Stati Membri, Assicurare a tutti i cittadini europei la migliore connessione Internet possibile, affinché ciascuno possa essere parte dell'economia digitale, ossia garantire la cosiddetta "connectivity for a European gigabit society", Adattare le regole ePrivacy al nuovo ambiente digitale, Aiutare grandi e piccole imprese, ricercatori, cittadini e autorità pubbliche a sfruttare al massimo le nuove tecnologie assicurando che tutti abbiano le competenze digitali necessarie e finanziando la ricerca dell'UE in materia di salute e calcolo ad alte prestazioni. Il DSM, come più in generale i mercati virtuali generati da Internet richiedono infatti, non solo regole tecniche ma soprattutto regole giuridiche, innovative e peculiari, solidamente ancorate ai grandi temi classici del diritto privato: beni immateriali, contratti, responsabilità.

Il perseguimento di tali obiettivi, ha indotto la Commissione a fondare la strategia del Digital Single Market su 3 pilastri:

Migliorare l'accesso ai beni e ai servizi digitali, ossia assicurare un migliore accesso, sia ai consumatori che alle aziende, ai beni e servizi online europei. Ciò avviene attraverso la rimozione delle barriere all'e-commerce. Creare un ambiente dove i network e i servizi digitali possano prosperare, grazie a infrastrutture veloci, sicure e affidabili. Gli elementi chiave sono la cybersecurity, la data protection, nonché la trasparenza delle piattaforme online. Il digitale come motore per la crescita, cosicché ogni cittadino europeo possa goderne i benefici. La Commissione ha stimato che la realizzazione del Mercato Unico Digitale sia in grado di contribuire positivamente all'economia europea per una cifra di 415 miliardi di Euro all'anno, e contribuisce alla realizzazione di centinaia di migliaia di nuovi posti di lavoro, creando opportunità per nuove start-up e consentendo alle aziende di crescere e innovare in un mercato di oltre 500 milioni di persone^[14].

Il raggiungimento degli obiettivi che consentono di sfruttare appieno i punti di forza del DSM può avvenire solamente se, accanto alle iniziative proprie dell'UE, sono effettuati

investimenti nelle competenze e infrastrutture digitali sia a livello statale che a livello dell'Unione, nonché da parte del settore privato. Il completamento del Mercato Unico Digitale richiede in aggiunta un contesto giuridico chiaro e stabile per stimolare l'innovazione e affrontare la frammentazione del mercato. Per questo motivo, la realizzazione del DSM avviene per opera degli interventi legislativi dell'Unione Europea: sono in tutto 29 le proposte legislative che compongono il quadro della digitalizzazione del mercato unico, e non tutte sono state attuate.

Un esempio illuminante di politica attuata nell'ambito del Digital Single Market è la cosiddetta consumer triple win, ossia un pacchetto composto da tre proposte, ora divenute Regolamento, finalizzate, in primis, ad abolire i costi di roaming negli stati europei, abolizione avvenuta a partire dal 15 giugno 2017^[15], in secundis, a garantire la portabilità transfrontaliera dei servizi e dei contenuti online^[16], che comporta la possibilità di accedere ai propri abbonamenti online a film, eventi sportivi, e-book, videogiochi o servizi musicali in tutta Europa, e da ultimo, mira all'eliminazione dei geoblocking ingiustificati, impedendo agli operatori commerciali di discriminare i consumatori di altri Stati membri senza ragioni obiettivamente giustificate^[17].

Un'ulteriore proposta cardine all'interno delle iniziative del Digital Single Market è il rinnovamento delle norme sulla Data Protection, avvenuto con il noto General Data Protection Regulation 2016/679^[18]. Il GDPR, difatti, si presenta come uno strumento essenziale per tutelare i diritti di protezione dei dati personali nella digital age.

Nella prospettiva della costruzione di un quadro normativo orizzontale applicabile al DSM non si possono non citare le due proposte di Direttiva del 9 dicembre 2015 in materia di: **disciplina della fornitura di contenuti digitali** COM (2015) 634 "On certain aspects concerning contracts for the supply of digital content"; **disciplina della vendita di beni online e altre vendite a distanza** COM (2015) 635 "On certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods".

Le due proposte citate si prefiggono l'obiettivo ambizioso di rimuovere i principali ostacoli al commercio transfrontaliero nella UE: la frammentazione legale della disciplina del contratto con i consumatori, i conseguenti costi elevati per gli operatori professionali e la bassa fiducia dei consumatori acquirenti dall'estero.

Tuttavia, resta da chiedersi se a distanza di 5 anni dalla predisposizione del DMS, esso abbia trovato una completa attuazione.

Nel 2018 la Commissione europea ha fissato il complesso obiettivo di concludere i negoziati di tutte e 29 le proposte del Mercato Unico Digitale che erano state annunciate

nel 2015, e, considerando che 13 proposte sono ancora dibattute, è agevole comprendere che il traguardo non sia stato pienamente raggiunto^[19].

Inoltre, annualmente, la Commissione pubblica i risultati dell'indice di digitalizzazione dell'economia e della società (DESI) relativo all'anno precedente, con cui l'Unione controlla le prestazioni degli Stati membri in termini di connettività digitale, competenze digitali, attività online e digitalizzazione delle imprese e dei servizi pubblici^[20].

L'indice rivela che, nonostante la digitalizzazione dell'UE sia in crescita, i progressi avvenuti sino ad ora non sono sufficienti per permettere all'Europa di tenere il passo con i leader mondiali e ridurre il divario esistente tra gli Stati membri. Da questo risultato la Commissione ha compreso come sia ancora più urgente il completamento della strategia del mercato unico digitale e l'aumento degli investimenti nella digitalizzazione dell'economia e della società.

Osservando i dati del DESI - (Digital economy and society index) - Danimarca, Svezia, Finlandia e Paesi Bassi sono gli Stati con il punteggio migliore e fanno parte dei leader mondiali nel campo della digitalizzazione, seguiti da Lussemburgo, Irlanda, Regno Unito, Belgio ed Estonia. Irlanda, Cipro e Spagna hanno registrato il maggior progresso negli ultimi quattro anni, mentre l'Italia si trova ad un misero quartultimo posto, davanti solo a Bulgaria, Grecia e Romania.

Questo denota come, nonostante gli Stati Europei stiano progredendo, le disparità sono ancora notevoli e la strada per raggiungere la piena attuazione del Mercato Unico Digitale non è breve.

4. Il ruolo del contratto virtuale nell'attuale assetto ordinamentale.

I noti fenomeni della dematerializzazione del luogo, dell'oggetto e delle forme della contrattazione costituiscono le premesse socio-economiche e giuridiche nel cui contesto deve essere inquadrato lo studio dei profili giuridici del commercio elettronico, anche nelle forme più evolute del mobile commerce e social commerce, fenomeno che deve ancora essere rigorosamente quantificato dal punto di vista economico, ossia mediante utilizzo dei social network come Facebook giusto per esemplificare, e in particolare la tutela dei consumatori nei mercati virtuali.

Si afferma un nuovo paradigma contrattuale in cui l'oggetto del contratto si dematerializza, diventa codice informatico, inesauribile e inconsumabile, suscettibile di fruizione simultanea e di massa da parte di un numero illimitato di utilizzatori: si tratta del

contratto virtuale delineato dai fenomeni della dematerializzazione dell'oggetto del contratto in concorso con la dematerializzazione del luogo e delle forme negoziali.

Per comprendere la portata innovativa determinata dalle tecnologie informatiche è opportuno cogliere l'evoluzione storico – giuridica del modello contrattuale.

L'art. 1321 c.c. definisce il contratto come l'accordo tra le parti diretto a regolare (costituire modificare o estinguere) un rapporto giuridico patrimoniale. Volendo ridurre ai minimi termini questa definizione, notiamo che essa si scompone di due momenti perché da un lato pone l'accento sull'accordo e dall'altro sul programma negoziale, oggetto dell'accordo. Centrale all'interno del contratto è, come detto, il momento dell'accordo, che esprime l'incontro delle volontà dei soggetti, nel senso che le volontà devono avallare un comune programma negoziale, convergendo su un determinato contenuto. È chiaro che questa volontà non può rimanere nel foro interno del soggetto ma deve essere in qualche modo manifestata all'esterno e quindi occorre che ciascuno dei contraenti oggettivamente percepisca la volontà adesiva dell'altro.

Ne deriva, allora, che il perfezionamento dell'accordo implica essenzialmente due componenti, e cioè la volontà e la conseguente manifestazione della volontà.

Il rapporto tra i due momenti della volontà e della dichiarazione, tuttavia, è stato oggetto di vivaci dispute nella dottrina.

Secondo una prima tesi, meglio nota come teoria del dogma della volontà, accolta specialmente alla fine dell'800, ferma restando la necessità di questi due momenti, il motore del contratto è l'effettiva volontà concepita dalla parte nel foro interno per cui è anche evidente che in caso di discrasia tra la volontà e la dichiarazione (es. riserva mentale e errore ostativo) occorrerebbe dare la prevalenza sempre alla volontà reale con conseguente annullabilità del negozio su istanza dell'interessato.

In senso critico, è stato evidenziato che la ricostruzione in esame finisce per mortificare la posizione del destinatario giacché la volontà del destinatario si è formata su quella dichiarazione per cui non è giusto frustrare il contratto solo perché quanto dichiarato non corrisponde al reale intento del dichiarante.

Ciò spiega perché successivamente è nata la c.d. teoria della dichiarazione, in forza della quale che ciò che conta ai fini del contratto è il significato oggettivo della dichiarazione, per cui in ipotesi di divergenza con la volontà interna nessuna rilevanza deve conferirsi a quest'ultima (ovviamente questa tesi è basata sulla teoria del rischio, per cui chi immette

nel circuito commerciale determinate dichiarazioni deve sottostare al loro significato sociale, anche se tale significato non corrisponde a quello reale). Anche tale tesi è apparsa troppo radicale perché non consente di dare ingresso alle ipotesi in cui la volontà del dichiarante si sia scorrettamente formata, sicché nel tentativo di operare una mediazione tra le due opposte teorie è nata la tesi intermedia dell'**auto responsabilità**^[21].

Si tratta di una sorta di contemperamento tra le teorie anzidette e afferma che nei casi in cui vi sia una divergenza tra quanto dichiarato e quanto effettivamente voluto dal soggetto, la dichiarazione deve prevalere solo nei casi in cui ciò sia imputabile a colpa del dichiarante; in concreto se taluno emette una dichiarazione non corrispondente alla sua volontà, si verte in una chiara ipotesi di errore e qui tutto dipende dal fatto che quell'errore sia scusabile o inescusabile (solo in questo secondo caso la dichiarazione è destinata a prevalere).

Tanto chiarito, lo schema tipico di conclusione del contratto è rappresentato dallo scambio, tra le parti, di proposta ed accettazione. A mente dell'articolo 1326 c.c., il contratto è concluso nel momento in cui il proponente viene a conoscenza dell'accettazione dell'altra parte. Tale schema vale, di solito, quando il contratto è concluso tra persone lontane o quando si addiviene al contratto attraverso una fase di trattative assai complesse (magari attraverso lo scambio di una serie di atti preparatori, definiti minute o puntualizzazioni).

Il modello in esame viene riportato ad equilibrio attraverso l'art. 1335 c.c. che introduce una presunzione di conoscenza o di conoscibilità delle dichiarazioni destinate ad un soggetto determinato, che si presumono conosciute nel momento in cui giungono nell'indirizzo del destinatario. Si deduce, quindi, che qualora il destinatario riversi nell'impossibilità di prendere conoscenza di quanto pervenuto al suo indirizzo, dovrà fornire la prova contraria della non conoscibilità: si tratta di una prova liberatoria tesa a dimostrare la sussistenza di un fatto eccezionale, non imputabile al destinatario, ed oggettivo che ha impedito la conoscenza nonostante l'uso dell'ordinaria diligenza.

La proposta, oltre a rivestire la particolare forma prevista dalla legge, per i contratti per i quali è prevista ai fini della validità o ai fini della prova, dev'essere completa, impegnativa e recettizia. Si ritiene completa, la proposta la quale contiene tutti gli elementi essenziali del contratto che le parti si accingono a concludere. È, invece, impegnativa quella proposta da cui si desume in modo espresso o tacito, la volontà del proponente di obbligarsi.

Infine, il carattere ricettizio della proposta allude al fatto che l'efficacia è subordinata alla conoscenza da parte del suo destinatario, fanno eccezione le proposte con destinatario

indeterminato e le c.d. offerte al pubblico, che devono semplicemente essere rese pubbliche.

L'accettazione, di contro, oltre a dover rispettare la forma prevista dalla legge o dal proponente, dev'essere definitiva, incondizionata, conforme, tempestiva e recettizia: non deve subordinare la propria efficacia ad eventi futuri ed incerti; deve accogliere il regolamento fissato dalla controparte; deve intervenire in tempi celeri e deve essere portata a conoscenza del proponente.

Dalla premessa in esame, si comprende che il contratto telematico è un accordo ex art. 1321 c.c. in cui le parti affidano le loro dichiarazioni di volontà a mezzi informatici collegati tra loro attraverso una rete, di solito Internet. La telematica può infatti definirsi come la scienza e tecnica delle applicazioni dell'informatica al campo delle telecomunicazioni, che si occupa dello studio e della realizzazione di supporti e di strumenti integrati per trattare e trasmettere le informazioni, in forma di dati ed immagini, fornendo un insieme di servizi fruibili da computer, dalla televisione, da un tablet o dallo smartphone, attraverso la rete telefonica o radiotelevisiva o satellitare^[22].

Alla fruizione di nuovi consumi digitali corrisponde sotto il profilo negoziale la definitiva affermazione sociale, economica e giuridica della nuova categoria del contratto virtuale che diviene lo strumento negoziale "naturale" dei mercati digitali.

4.1. La disciplina del contratto virtuale.

Al fine di inquadrare sistematicamente la materia deve anzitutto osservarsi che i "contratti telematici" rientrano, come noto, nella categoria dei "contratti a distanza", i quali a seguito della richiamata Direttiva 83/2011 UE e del d.lgs. n. 21/2014 di recepimento dovrebbero, almeno nelle intenzioni del legislatore comunitario e nazionale, rappresentare una specie del più ampio genus dei "contratti del consumatore", assieme ai contratti conclusi in presenza o fuori dei locali commerciali.

La Direttiva UE 25 ottobre 2011, n. 83 sui diritti dei consumatori che modifica le Direttive CE 93/13 in materia di clausole abusive e 99/44 in materia di vendita e garanzia di beni di consumo, oltre ad abrogare le Direttive CE 85/577 in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali e 97/7 in materia di contratti a distanza prende atto della centralità dei contenuti digitali nei nuovi mercati. Si pensi, a titolo esemplificativo, ai seguenti riferimenti espliciti della Direttiva UE 11/83:

– art. 2, n. 11 che definisce «contenuto digitale» i «dati e prodotti forniti in formato

digitale»;

– art. 5.1 che tra gli obblighi informativi del fornitore, nei contratti diversi da quelli a distanza e in quelli negoziati fuori dai locali commerciali, prevede anche «la funzionalità del contenuto digitale comprese le misure applicabili di protezione tecnica» (lett. g) oltre a «qualsiasi interoperabilità pertinente del contenuto digitale con l'hardware e il software» (lett. h);

– art. 6.1 che tra gli obblighi informativi del fornitore, nei contratti a distanza e in quelli negoziati fuori dai locali commerciali, prevede anche «la funzionalità del contenuto digitale comprese le misure applicabili di protezione tecnica» (lett. r) oltre a «qualsiasi interoperabilità pertinente del contenuto digitale con l'hardware e il software» (lett. s).

La diffusione del commercio elettronico e dei contenuti digitali favorisce lo sviluppo di modalità di consumo dematerializzate e la conseguente emersione di un nuovo soggetto attivo nei mercati virtuali: il consumatore telematico, virtuale o digitale.

In una prospettiva classificatoria strutturale il contratto virtuale costituisce una sottospecie dei contratti a conclusione telematica ossia quei contratti stipulati mediante l'utilizzo delle nuove tecnologie informatiche e telematiche di comunicazione più specificamente ne costituisce la naturale evoluzione tecnologica e giuridica.

I contratti telematici sono stati quindi inquadrati nel fenomeno del commercio in rete o commercio elettronico in cui, sotto l'aspetto programmatico le parti adoperano comuni schemi contrattuali tipici o atipici, sotto l'aspetto formale, si avvalgono della rete telematica.

Il problema che si pone è stabilire in che modo l'utilizzo della particolare forma contrattuale influenza l'applicabilità della disciplina generale dettata dal codice in ordine ai singoli elementi costitutivi del contratto (soggetti, accordo, forma, contenuto) e riguardo alla sua esecuzione, tenendo conto delle particolari disposizioni dettate dalle leggi speciali in materia.

Sotto il profilo soggettivo i protagonisti dei contratti telematici possono essere ricondotti a due categorie:

professionisti, qualora il soggetto operi nel quadro della propria attività imprenditoriale o professionale; consumatori, qualora il soggetto operi su un terreno estraneo alla propria attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta. Muovendo da tale premessa,

nella prassi applicativa potranno prospettarsi i seguenti tre modelli:

contratti conclusi tra soggetti che posseggano entrambi la qualifica di professionisti: in tal caso viene in rilievo una relazione commerciale tra due imprese di cui una è interessata ad acquisire i prodotti dell'altra (modello c.d. business to business B2B); contratti conclusi tra un soggetto che possieda la qualifica di professionista e l'altro che operi in qualità di consumatore (modello c.d. business to consumer B2C)^[23]; contratti conclusi tra soggetti entrambi in veste di consumatori, operando ambedue i soggetti su un terreno estraneo alla propria attività professionale (dove il consumatore è protagonista sia dal lato dell'offerta, proponendo la vendita dei propri prodotti, che da quello della domanda -l'esempio più tipico cui fare riferimento è quello delle aste online-: modello c.d. consumer to consumer C2C)^[24]. La rilevanza della distinzione fra i vari modelli si manifesta soprattutto in ordine ai livelli di protezione del contraente apprestati dall'ordinamento, variando il sistema di tutela a seconda del modello di volta in volta adoperato: nell'ipotesi di contratti tra professionisti e consumatori (B2C) troverà infatti applicazione la disciplina prevista dagli artt. 1469 bis ss. c.c.; negli altri casi troverà applicazione, in caso di clausole vessatorie, la sola tutela formale apprestata dall'art. 1341 c.c.

Quando si parla di contratto virtuale bisogna prestare attenzione in quanto, sul piano ontologico, in questa categoria possono essere distinte due sotto-fattispecie.

In primo luogo, vengono in rilievo i contratti telematici in senso ampio, nei quali l'uso della tecnologia serve solo per veicolare un messaggio che comunque si presta ad essere interpretato secondo le nozioni tradizionali: pensiamo ad esempio ad una proposta ed un'accettazione che sono scambiati anziché mediante posta ordinaria mediante posta elettronica.

In secondo luogo, contratti telematici in senso stretto si caratterizzano per il fatto che il sistema formativo dell'accordo è sicuramente più particolare, giacché si innestano nel concetto di commercio elettronico e di pressione del tasto virtuale (pensiamo al caso dell'acquisto di un bene sulle vetrine virtuali che avviene mediante il meccanismo del point and click).

Specialmente questa seconda categoria, i cc.dd. contratti point and click, pone alcuni problemi di ordine pratico e questo perché i contratti virtuali che mirano all'acquisto di beni o servizi e-commerce vanno in primo luogo annoverate tra i contratti di impresa (e quindi tra i contratti tra professionisti e consumatori) ed in secondo luogo sono privi della fase delle trattative (o almeno le trattative si risolvono nel cliccare su alcuni cerchietti che contengono le diverse caratteristiche del prodotto scelto).

Queste due circostanze pongono un grosso problema, sia per il consumatore, per il quale l'art. 51 del codice del consumo si limita a dire che le informazioni di cui all'art. 49 devono essere fornite in modo appropriato a mezzo di comunicazione a distanza, impiegando un linguaggio semplice e comprensibile, ma anche per il professionista e questo in tema di clausole vessatorie. Come sappiamo queste clausole sono affette da nullità di protezione salvo che si fornisca la prova della trattativa individuale sanante, per cui in questi contratti, privi della fase delle trattative, il professionista potrebbe trovarsi certamente in difficoltà.

Altra perplessità deriva poi all'eventuale presenza di clausole vessatorie classiche ex art. 1341 c.c. per le quali si richiede la specifica approvazione per iscritto e per le quali l'unico sistema da parte del venditore è quello di far sottoscrivere le clausole mediante un meccanismo di firma digitale, a pena di inefficacia di quelle clausole, almeno in tal senso si è espressa la giurisprudenza di merito.

4.2. La fase delle trattative e la violazione degli obblighi informativi: questioni sostanziali e processuali.

Il contratto virtuale in senso stretto è caratterizzato dall'assenza di trattative tra le parti, dalla predisposizione unilaterale e dall'offerta al pubblico indistinto: è, pertanto, qualificabile come contratto d'impresa in serie o di massa che dir si voglia contratto predisposto e contratto asimmetrico.

Invero, tale affermazione deve essere temperata alla luce della disciplina sul commercio elettronico. Occorre partire dal presupposto che il contratto telematico rientra tra i contratti a distanza con la conseguenza che troverà applicazione, nelle ipotesi di contratti conclusi tra professionisti e consumatori (B2C), il d. lgs. n. 185/99 che, in attuazione della direttiva 97/7/CE, relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza.

Tale normativa prevede all'art. 3 una serie di obblighi informativi a carico del fornitore oltre al fatto che le informazioni preliminari vanno fornite in modo chiaro e comprensibile, osservando i principi di buona fede e lealtà in materia di transazioni commerciali^[25].

Si tratta del fenomeno della contrattualizzazione (forzosa o coatta) delle informazioni precontrattuali che incide, per un profilo, sul principio di autonomia negoziale ex art. 1322 c.c. giacché la normativa in esame "impone un elenco di contenuti destinati ex lege ad essere contrattualizzati, comprimendo la libertà di scelta in ordine ai contenuti del contratto, sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo, e ciò in ragione delle esigenze di

tutela dei consumatori di fronte ai rischi insiti nelle negoziazioni poste in essere con tecniche speciali (a distanza e fuori dei locali commerciali)^[26]; per altro profilo, sulle conseguenze e “sui rimedi applicabili in caso di violazione degli obblighi informativi”^[27]

I rimedi esperibili in caso di violazione degli obblighi informativi sono sostanzialmente due: la richiesta di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale del fornitore e l'annullamento del contratto per dolo o per errore.

Oltre a tale normativa relativa ai contratti a distanza, poi, troverà applicazione quella più specifica prevista in materia di commercio elettronico dal d. lgs. n. 70/2003, il quale, all'art. 12, prevede l'obbligo da parte del prestatore di fornire le necessarie informazioni dirette alla conclusione del contratto^[28].

Anche l'omesso rispetto di tali obblighi informativi determina l'applicazione di una sanzione amministrativa, applicata ai sensi della legge n. 689 del 1981 e salvo che il fatto non costituisca reato (art. 21 d. lgs. n. 70/2003) oltre alle già viste conseguenze civilistiche in termini di responsabilità precontrattuale ed annullabilità per dolo o errore.

Ulteriori questioni abbastanza spinose attengono alla nascita del vincolo contrattuale, con riferimento al tempo e al luogo di conclusione del contratto dove mentre per i contratti virtuali in senso ampio non pongono grossi problemi: qui vi è pur sempre una proposta ed un'accettazione, salva la questione circa la possibilità di equiparare l'indirizzo elettronico a quello virtuale ai fini dell'art. 1335 che fissa la presunzione di conoscenza degli atti nel momento in cui pervengono all'indirizzo del destinatario.

I dubbi riguardano i contratti virtuali in senso stretto conclusi mediante il sistema del point and click. In ordine a questa seconda categoria è fondamentale la previsione di cui all'art. 13 del d. lgs. n. 70 del 2003, che prevede che il prestatore (venditore) deve, per via telematica, accusare ricevuta dell'ordine del destinatario, contenente un riepilogo delle condizioni generali e particolari applicate a quel contratto e le 10 informazioni relative all'oggetto del contratto. In pratica, si tratta di quella mail che solitamente il prestatore invia dopo la pressione del tasto virtuale di accettazione.

Pertanto, si discute molto sul momento in cui in realtà si forma il contratto.

Secondo una prima tesi questa ricezione si collocerebbe completamente al di fuori del procedimento formativo del contratto avendo solo una funzione di riepilogo informativo e servirebbe per consentire al consumatore una migliore ponderazione circa il contenuto del contratto attesa la facoltà di recesso prevista dalla legge nei contratti a distanza.

Secondo una diversa ricostruzione, invece, la ricevuta concretizzerebbe la vera e propria accettazione contrattuale, ma così facendo si dovrebbero ridefinire la natura giuridica sia del modello del point and click, che allora avrebbe natura di proposta, sia la natura della vetrina virtuale, che avrebbe il mero carattere di invito ad offrire.

Questa ricostruzione, invero, sembra un po' artificiosa perché in realtà la predisposizione di una vetrina elettronica dovrebbe essere semmai qualificata come offerta al pubblico ai sensi dell'art. 1336, con la conseguenza che vale come proposta, circostanza che accoppiata al fatto che un momento fondamentale della transazione è la digitazione del numero della carta di credito, ha portato qualcuno a ricondurre il meccanismo in esame in seno all'art. 1327 cioè in quel contratto che si perfeziona mediante esecuzione in tal caso il contratto si perfeziona mediante l'esecuzione della prestazione da parte di uno dei contraenti. Il contratto virtuale si conclude a seguito della digitazione del numero delle carte di credito.

Quanto al tempo e al luogo di conclusione del contratto premesso che l'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti alle quali sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi (art. 13, comma 3°, d.lgs. 70/2003; art. 1335 c.c.). nel caso di offerta al pubblico trova applicazione il principio generale di cui all'art. 1326, comma 1°, c.c., secondo cui il contratto è concluso nel momento e nel luogo in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte; mentre, nell'ipotesi di invito ad offrire del professionista e di ordine con contestuale pagamento del consumatore, il contratto deve ritenersi concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione (art. 1327, comma 2°, c.c.).

Infine, le note questioni sull'esatta individuazione del luogo di conclusione del contratto^[29] e le ricadute in punto di giurisdizione, legge applicabile e competenza, nella nostra materia sono in parte superate e in parte sfumate, non avendo il luogo di conclusione del contratto effettiva rilevanza^[30], in quanto:

1) allorché la controversia presenta elementi di collegamento tra due o più Stati membri:
a) la giurisdizione italiana può affermarsi solo in base ai criteri stabiliti dal Regolamento UE n. 1215 del 12 dicembre 2012 (concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale) che pur sostituendo il Regolamento CE n. 44/2001, a decorrere dal 10 gennaio 2015 continua a prevedere che qualora il contratto sia stato concluso con una persona le cui attività commerciali o professionali si svolgono nello Stato membro in cui è domiciliato il consumatore o sono dirette, con qualsiasi mezzo, verso tale Stato membro o verso una pluralità di Stati che comprende tale Stato membro, e purché il contratto rientri nell'ambito di dette attività, l'azione del consumatore contro l'altra parte del contratto

possa essere proposta oltre che davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliata tale parte anche davanti ai giudici del luogo in cui è domiciliato il consumatore stesso; mentre l'azione dell'altra parte del contratto contro il consumatore possa essere proposta solo davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliato il consumatore (cfr. art. 17 e 18, Reg. UE 1215/2012);

b) la legge applicabile al contratto, in base all'art. 57, legge n. 218/1995, deve essere individuata, in mancanza di scelta pattizia, in base ai criteri oggettivi di collegamento dettati dal Regolamento CE n. 593/2008 (c.d. Roma I) che ha sostituito la Convenzione di Roma del 1980 e, in particolare, dall'art. 6, comma 1°, secondo cui il contratto tra consumatore e professionista è disciplinato dalla legge del paese nel quale il consumatore ha la residenza abituale, a condizione che il professionista: a) svolga le sue attività commerciali o professionali nel paese in cui il consumatore ha la residenza abituale; oppure b) diriga tali attività, con qualsiasi mezzo, verso tale paese o vari paesi tra cui quest'ultimo e, inoltre, il contratto rientri nell'ambito di dette attività^[31];

c) l'art. 66 ter, "Carattere imperativo", Cod. Consumo precisa, da una parte, che se il diritto applicabile al contratto è quello di uno Stato membro dell'Unione europea, i consumatori residenti in Italia non possono rinunciare ai diritti conferiti loro dalle disposizioni delle Sezioni da I a IV del Capo I; dall'altra, che eventuali clausole contrattuali che escludano o limitino, direttamente o indirettamente, i diritti derivanti dalle disposizioni delle Sezioni da I a IV del Capo I, non vincolano il consumatore.

2) Se la controversia ha solo carattere interno, l'art. 66 bis "Foro competente" come il previgente art. 63, stabilisce che "per le controversie civili inerenti all'applicazione delle Sezioni da I a IV del Capo I la competenza territoriale inderogabile è del giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore, se ubicati nel territorio dello Stato"; criterio rispetto al quale non rileva nemmeno la residenza o il domicilio che il consumatore aveva al momento della conclusione del contratto^[32] e, tanto meno, il luogo di tale conclusione

Per la tutela post-contrattuale occorre invece verificare, caso per caso, l'esperibilità:

1) dell'annullamento per errore o dolo, ove la violazione degli obblighi di informazione precontrattuale determini un vizio del consenso;

2) degli altri rimedi generali direttamente incidenti sul rapporto contrattuale, come la risoluzione per inadempimento ex art. 1218 c.c. ^[33];

3) della nullità ex art. 1418 c.c. in ragione della carenza degli elementi strutturali del consenso o dell'oggetto oppure per violazione di norme imperative, secondo i principi della nullità virtuale^[34].

Il dibattito più acceso, peraltro, si è avuto proprio con riguardo all'applicabilità del regime della nullità virtuale per violazione di norme imperative rispetto al quale vi è stato chi ha (autorevolmente) ritenuto non invocabile l'invalidità del contratto in materia di violazione degli obblighi informativi precontrattuali, ove la nullità non sia testuale, come quella infatti espressamente prevista dal previgente art. 52, comma 3°, Cod. Consumo^[35], nel caso di mancato o non corretto assolvimento degli obblighi informativi precontrattuali nei contratti a distanza, conclusi per via telefonica^[36].

Anche la giurisprudenza, come noto, si è orientata in tal senso, sebbene in tema di violazione degli obblighi informativi e di comportamento degli intermediari finanziari, con le note sentenze gemelle della Corte di cassazione, Sez. Unite, 19/12/2007, nn. 26724 e 26725^[37], e ancor prima con la sentenza delle Sez. I, 29/09/2005, n. 19024^[38], le quali hanno nella sostanza distinto tra regole di comportamento e regole di validità e ricondotto alle prime gli obblighi di informazione precontrattuali.

La Suprema Corte ha così chiarito che in relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (c.d. "nullità virtuale") dovesse trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili riguardanti la validità del contratto è suscettibile di determinare la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, concernenti il comportamento dei contraenti, la quale può essere solo fonte di responsabilità; con la conseguenza che la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti può dar luogo a responsabilità contrattuale con conseguenze risarcitorie; in ogni caso deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, comma 1°, c.c. la nullità^[39].

Oggi le informazioni precontrattuali, visto l'art. 6 par. 5 della Direttiva 83/2011/UE recepito dall'art. 49, comma 5°, d.lgs. 21/2014 formano parte integrante del contratto negoziato a distanza o fuori dei locali commerciali e, anzi, non possono essere modificate se non con accordo espresso delle parti. Ebbene, la contrattualizzazione coatta delle informazioni precontrattuali obbligatorie comporta la riapertura del dibattito sui rimedi in ambito contrattuale, in quanto "le informazioni precontrattuali dovute, vanno ex lege a comporre struttura e contenuti del contratto (negoziato a distanza o fuori dei locali commerciali)" ^[40], con la conseguenza che, dopo la conclusione del contratto, la

violazione degli obblighi informativi sembra incidere non più su di una regola di comportamento bensì su di una regola di validità del contratto, consentendo l'applicabilità dell'art. 1418 c.c. in tema di nullità, “in quanto la norma postula che l'invalidità investa elementi ‘intrinseci’ della fattispecie negoziale, che riguardino, cioè, la struttura o il contenuto del contratto”, per usare le parole di Cass., n. 19024/2005.

4.3 Gli oneri di forma.

La forma è in generale il mezzo attraverso il quale le parti manifestano il consenso contrattuale: le principali forme per il contratto sono l'atto pubblico, la scrittura privata, la forma verbale ed il comportamento concludente. Il principio che regola la materia è quello della libertà di forma, corollario del principio di autonomia negoziale, nel senso che le parti possono optare liberamente per qualunque fra le suddette forme da dare all'atto.

Eccezionalmente la legge prevede in alcuni casi una determinata forma a pena di nullità (forma vincolata ad *substantiam*): pensiamo ad esempio agli atti dispositivi di diritti immobiliari per i quali, allo scopo di responsabilizzare il consenso e dare certezza all'atto^[41], la legge richiede l'atto scritto, ossia il documento firmato dagli autori, cioè la scrittura privata; pensiamo alle donazioni, per le quali occorre l'atto pubblico, cioè il documento redatto con le richieste formalità da un notaio.

Pensiamo, poi, al campo delle forme volontarie, in cui l'onere della forma ha la sua fonte nella volontà delle parti (es. patto di forma).

In tale quadro si innesta la problematica della forma dei contratti telematici. Al fine di delimitare il campo di indagine va fatta una precisazione: fuori dalla problematica in oggetto si pongono tutte le ipotesi in cui lo strumento informatico serve solo per redigere e stampare il documento. In tal caso, infatti, non si è in presenza di un contratto telematico, ma di un normale contratto in cui, il documento rappresentativo del programma negoziale, è stato redatto attraverso il computer.

Il problema della forma si pone, quindi, solo per i contratti telematici in senso tecnico, ove il consenso contrattuale è espresso esclusivamente in via telematica.

L'elemento formale come si è osservato in dottrina non è più compiutamente descrivibile mediante ricorso alla classica dicotomia definitoria di forma ad *substantiam* e forma ad *probationem*: la rinnovata valenza del formalismo contrattuale nella normativa speciale, neoformalismo^[42] negoziale, anche per effetto dei recenti numerosi interventi di derivazione comunitaria consente di superare il dualismo funzionale “esistenza o prova”

dell'accordo “per approdare ad un'elastica configurazione che si ricollega ora all'uno, ora all'altro fondamento”^[43].

Muovendo dal presupposto secondo cui, nel contratto virtuale, la forma è realizzare gli adempimenti informativi posti a carico del contraente economicamente più forte, essa diviene il veicolo tramite il quale la volontà autodeterminativa delle parti è manifestata all'esterno; è l'esteriorizzazione del vincolo negoziale a cui le parti si sono legate^[44].

La formula dell'art. 1325 cod. civ., secondo cui la forma è tra i requisiti del contratto solo “quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità” è in parte superata.

Si discorre ormai comunemente di neoformalismo riferendosi all'importanza assegnata dal legislatore comunitario alla forma scritta del contratto, quale requisito di validità dello stesso. Oggi sono sempre più numerose le tipologie di contratti, la maggior parte delle vendite di origine comunitaria, per cui è richiesta la forma scritta ad substantiam.

La ratio del legislatore è ispirata dall'esigenza di informare la parte contrattuale più debole: si stabilisce un vero e proprio obbligo giuridico di informare ex art. 21 Cost., cui corrisponde il diritto ad essere informati sulla natura del contratto, e su tutte le clausole in esso contenute, al fine di poter meglio esplicitare il diritto di autodeterminazione del singolo nell'ambito delle relazioni negoziali, in applicazione degli artt. 2 e 41 Cost.

Si parla di forma formale a discapito della forma sostanziale: la differenza di matrice francese, evidenzia l'esigenza comunitaria di dar trasparenza alla contrattazione e al di là della forma richiesta e utilizzata dai contraenti. È necessaria la conoscenza del regolamento contrattuale tout court da parte della parte più debole^[45].

A sostegno di tale ricostruzione, giova evidenziare che il codice del consumo all'art. 2 lett. c) enuclea il diritto fondamentale “ad un'adeguata informazione e a una corretta pubblicità”.

In tale prospettiva, parte della giurisprudenza di merito ha considerato nullo il contratto avente per oggetto la multiproprietà ex art. 71 del Codice del consumo, laddove manchi o non sia stato preceduto) delle informazioni necessarie^[46].

La questione dell'onere di forma assume particolare rilievo in relazione alle clausole abusive inserire nei contratti telematici. Al riguardo, si possono delineare tre scenari normativi disciplinanti rispettivamente i contratti B2B, B2C e C2C.

Per quanto riguarda i contratti tra imprenditori, l'approvazione di clausole vessatorie deve sottostare, pena l'inefficacia, alla forma scritta richiesta dall'art. 1341 c.c. che può essere soddisfatta anche nello spazio virtuale mediante apposizione delle firme elettroniche qualificate – in particolare della firma digitale – prevista dal Codice dell'amministrazioni digitale, d'ora in poi CAD.

Per quanto riguarda i contratti con i consumatori, la tutela dalle clausole abusive e presunte abusive ai sensi degli artt. 33 ss. c. cons. viene assicurata anche nello spazio virtuale, pur in difetto dell'apposizione di firma digitale che può essere rilevante solo nel caso di superamento della presunzione di abusività, di clausola rientrante nell'elencazione di cui all'art. 1341, comma 2°, c.c.

Infine, relativamente ai contratti tra consumatori (C2C) si applica la normativa comune, il c.d. diritto civile della rete, costituito dalle regole generali in materia di formazione e conclusione del contratto civile non espressamente riservate ai rapporti commerciali, contratti bilateralmente d'impresa, o tra “professionisti” e consumatori, contratti unilateralmente d'impresa con i consumatori o semplicemente contratti con i consumatori.

Il sistema di protezione del consumatore basato sull'equilibrio normativo delineato dal diritto contrattuale comune, novellato dal diritto comunitario, disvela il configurarsi di un nuovo paradigma contrattuale che segna il passaggio dal contratto negoziato tra le parti al contratto giusto non negoziato ma equilibrato nel contenuto in quanto sottoposto alle regole oggettive di abusività iuris tantum e iuris et de iure rispettivamente delle clausole della lista grigia e della lista nera di derivazione comunitaria.

4.4 Ingerenza e controllo del giudice sul regolamento contrattuale virtuale

L'effetto più rilevante che scaturisce dalla disciplina del contraente debole è costituito dall'intervento dell'interprete, al fine di ripristinare l'equilibrio economico violato dalla natura abusiva delle clausole negoziali o del comportamento approfittatore della controparte.

In altri termini, nei contratti B2C, si attribuisce un forte potere di controllo sostanziale in capo all'organo giudicante: da ciò deriva il superamento di uno dei capisaldi della disciplina contrattualistica, così come originariamente statuita nel codice del 1942, ovvero il principio di autonomia delle parti.

Il regolamento contrattuale tradizionalmente di esclusivo dominio delle parti è, in tale ipotesi, ora sindacabile dal giudice.

Il ruolo dell'interprete non si limita più a verificare se le clausole vessatorie siano state sottoscritte (cd procedural justice), così come stabilisce l'art. 1341 cod. civ., ma in alcune ipotesi deve verificare la natura di quelle pattuizioni e la reale volontà della parte più debole di aderirvi (cd substantive justice)^[47].

Conferma di tale potere di indagine sostanziale del regolamento contrattuale da parte del giudicante è oggi fornita dall' art. 7 del D.Lgs. 231/2002, e già in precedenza previsto dall'art. 9 legge sub-fornitura n. 192/1998.

Di recente, la Corte di giustizia delle Comunità europee^[48] ha enfatizzato fortemente la valenza dell'esercizio dei poteri officiosi del giudice nel valutare la vessatorietà delle clausole contenute nei contratti dei consumatori^[49]. La Corte di giustizia ha ribadito che la disegualianza negoziale tra il consumatore ed il professionista su cui poggia l'intero sistema di tutela previsto dalla Direttiva n. 93/13/CE può essere ovviata solo grazie ad un intervento positivo di soggetti estranei al rapporto contrattuale.

Naturalmente l'intromissione del giudicante troverà un limite ben preciso: il potere officioso del giudice non può contrastare con gli interessi della parte più debole; in caso contrario si andrebbe infatti contro la ratio stessa delle varie direttive comunitarie e delle norme di recepimento^[50].

Nel caso in cui riscontri l'abusività o l'iniquità dell'accordo dovrà dichiarare la nullità della clausola abusiva; in alcune ipotesi altresì non può limitarsi alla declaratoria d'ufficio della nullità della clausola che l'abbia originata, ma deve integrare il regolamento contrattuale ricorrendo ai termini legali o riconducendo esso stesso il contratto ad equità.

È ormai consolidato il principio nella giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione secondo il quale il potere officioso del giudice trova un limite non solo nella necessità della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, ma anche nella considerazione che i presupposti della nullità devono risultare dagli atti acquisiti al processo e non aliunde.

Per conciliare il principio dispositivo, cui è improntato il processo civile, e il potere officioso del giudice nel rilevare la nullità di protezione si è soliti richiamare la previsione di cui all'art. 183, 3 comma cpc. il giudice potrebbe stimolare il contraddittorio tra debitore e creditore ed invitare loro ad integrare la produzione documentale sul punto, proprio perché si tratta di questione rilevabile ex officio judicis.

Pertanto, rilevata la nullità, l'interprete è chiamato a sondare la volontà del contraente

debole, al fine di accertare la sua intenzione di avvalersi del suddetto modello di tutela.

4.5 L'efficacia probatoria del documento virtuale.

Nel panorama tradizionale dei documenti, si distinguono quattro tipologie, destinate a valere anche nel mondo digitale: il documento non sottoscritto, il documento con sottoscrizione presuntivamente autografa (scrittura privata), il documento con sottoscrizione autenticata e l'atto pubblico.

In ordine alla prima categoria, il documento informatico non sottoscritto, come ogni altro documento non sottoscritto, di per sé “è rilevante a tutti gli effetti di legge soltanto ai fini probatori, non anche ai fini sostanziali”^[51]. Infatti, esso è un tipo di documento intrinsecamente insicuro in quanto non consente ex post la verifica dell'identità del suo autore e, inoltre, non permette neppure di appurare se i dati in esso contenuti siano stati modificati dopo la prima stesura^[52].

Il legislatore ha ricondotto le riproduzioni informatiche alla stregua delle altre riproduzioni meccaniche (riproduzioni fotografiche, cinematografiche, fonografiche), novellando l'art. 2712 c.c. menzionando le “riproduzioni informatiche” a fianco degli altri tipi di riproduzione. L'articolo così riporta: “Le riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime”.

Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica non avanzata consente, con grado di attendibilità variabile, la verifica della corrispondenza tra firmatario reale e apparente; non offre invece particolari garanzie riguardo all'integrità del documento, cioè del fatto che lo stesso sia stato modificato o manipolato in un momento successivo.

A questa tipologia di documenti si riferisce l'art. 21, comma 1, del Codice dell'amministrazione digitale, secondo il quale “Il documento informatico, cui è apposta una firma elettronica (non avanzata), sul piano probatorio è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità”.

La libera valutazione da parte del giudice si riferisce solo all'attitudine del documento a soddisfare il requisito legale della forma scritta ad probationem, e non quindi l'attitudine del documento come mezzo di prova in giudizio, che è data per assodata^[53].

Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, ma non qualificata oltre a consentire la verifica dell'identità del suo autore, permette di appurare se i suoi contenuti siano genuini o, al contrario, siano stati modificati; la firma non è, comunque, apposta tramite un dispositivo sicuro e / o basata su un certificato qualificato (come invece accade per esempio con la firma digitale). Per quanto concerne l'efficacia probatoria dello strumento in esame, l'art. 21, comma 2, del Codice dell'amministrazione digitale stabilisce che il "documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 c.c." riguardo alla scrittura privata, per poi ulteriormente disporre che "L'utilizzo del dispositivo di firma si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria".

La firma elettronica avanzata non potrà mai essere falsa, ma solo abusiva^[54]: nel senso che non sarà possibile disconoscere l'autenticità (il rapporto tra dispositivo di firma e titolare è certificato) ma potrà essere abusiva. Oggetto della prova contraria prevista dall'articolo citato è quindi la dimostrazione del fatto che il dispositivo di firma è stato utilizzato da persona diversa dal legittimo titolare. Per quanto invece riguarda l'efficacia sostanziale, la risposta normativa si trova dell'art. 21, comma 2-bis del Codice dell'amministrazione digitale: "le scritture private di cui all'articolo 1350, primo comma, numeri da 1 a 12, del Codice civile, se fatte con documento informatico, sono sottoscritte, a pena di nullità, con firma elettronica qualificata o con firma digitale".

Resta escluso dalla portata dell'articolo il numero 13 dell'articolo 1350 comma 1 (senza riportare l'elenco completo, si portano come esempi: la specifica approvazione di clausole vessatorie, la conclusione di locazioni abitative infranovennali, la stipulazione di patti di non concorrenza alla fine di un rapporto di lavoro dipendente), che viene quindi considerato in via interpretativa l'ambito applicativo in cui la firma elettronica non qualificata svolge il requisito della forma scritta ad substantiam.

Il documento informatico sottoscritto con firma digitale rinvia una puntuale disciplina nel Codice dell'amministrazione digitale. Sono note le caratteristiche tecniche (procedura che garantisce connessione univoca al firmatario; creazione mediante utilizzo di dispositivo sicuro, sul quale il firmatario esercita controllo esclusivo; possibilità di rintracciare eventuali modifiche avvenute dopo la sottoscrizione) e la caratteristica giuridica (la firma si basa su un certificato qualificato) del tipo di firma elettronica in esame^[55].

L'art. 21 comma 2 del Codice equipara sostanzialmente il documento informatico sottoscritto con firma digitale ad una scrittura privata informatica, anche se con alcune evidenti limitazioni rispetto alla tipologia tradizionale.

Come prima differenza, c'è un fattore temporale: la firma digitale ha una scadenza, è infatti un servizio prestato dal certificatore, che per sua natura ha durata finita. Ciò determina una limitazione della sua efficacia sostanziale, ma anche probatoria. In secondo luogo, il certificato con cui viene attribuita efficacia sostanziale può contenere anche limiti di uso o limiti di valore. Con i primi si intende la “sottrazione alla firma del valore di sottoscrizione giuridicamente impegnativa”, con i secondi il certificato impone “restrizioni in relazione al valore economico degli atti unilaterali o dei contratti sottoscritti con la firma digitale”^[56]. L'efficacia probatoria è invece la stessa del documento munito di firma avanzata, ma non qualificata.

Il documento informatico con firma digitale autenticata, figura prevista dal legislatore interno ma non presa in considerazione a livello comunitario, è quella del documento munito di firma elettronica autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge ad attribuirgli pubblica fede. L'art. 25 del Codice dell'amministrazione digitale, senza alcun dubbio, equipara in tutto e per tutto, effetti di validità e probatori, lo strumento digitale al tipo cartaceo corrispondente. La scrittura privata autenticata “si ha per riconosciuta, ai sensi dell'art. 2703 del codice civile, la firma elettronica [...] autenticata”.

Ultima fattispecie, anche sul piano temporale, presa in considerazione dal legislatore è l'atto pubblico informatico, la cui efficacia è entrata a pieno titolo nella normativa nazionale con il d. lgs. 2 luglio 2010, n. 110 recante “Disposizioni in materia di atto pubblico informatico redatto dal notaio”. Mancano in realtà all'appello alcuni decreti ministeriali di attuazione, che dovrebbero definire alcune regole tecniche con particolare attenzione alla struttura centralizzata, che sarà deputata all'archiviazione dei documenti notarili informatici^[57]. Con l'approvazione dei decreti attuativi, quindi, più nulla dovrebbe ostacolare l'impiego del documento informatico per la stipulazione di quei negozi che devono farsi per atto pubblico sotto pena di nullità: è il caso delle donazioni, dei patti di famiglia, delle convenzioni matrimoniali, degli atti costitutivi di società di capitali, eccetera.

5. Considerazioni conclusive.

Alla peculiare modalità di conclusione del contratto virtuale, si aggiunge la differenza di forza contrattuale rilevabile nella contrattazione tra professionisti e consumatori, che è destinata ad amplificarsi in relazione ai contenuti^[58].

Lo squilibrio informativo si allarga allo squilibrio di conoscenza delle regole di formazione e, in particolare, del momento vincolante. Come evidenziato da autorevole dottrina, il professionista non soltanto predispone il regolamento ma è anche autore del

procedimento formativo.

Ciò lo porta ad una conoscenza specifica e unilaterale delle regole che disciplinano il processo che conduce al perfezionamento. Dunque, egli conosce con certezza il momento in cui la pressione del tasto virtuale ha l'effetto della conclusione del contratto. Detto squilibrio, non più relativo soltanto al contenuto ma al procedimento di formazione e al momento vincolante, non è colmato tramite l'utilizzo di obblighi informativi. È necessario, perciò, sgombrare il campo dalla tendenza a reputare il meccanismo delineato dall'art. 1326 c.c. quale meccanismo generale di conclusione del contratto.

Già nelle disposizioni del medesimo Codice civile si riscontra che il summenzionato meccanismo rappresenta soltanto una tra le modalità di conclusione del contratto, ad esso si affiancano, in posizione non subalterna, gli ulteriori procedimenti formativi previsti dalle norme successive.

A tali considerazioni, poi, si aggiunge che le norme di derivazione comunitaria hanno introdotto nel nostro ordinamento metodi procedimentalizzati di formazione dell'accordo. Sicché sembra non peregrina l'ipotesi di una molteplicità di procedimenti formativi modellati in ragione delle necessità della tutela che si intende apprestare.

In questo quadro si situa anche la conclusione del contratto telematico che lungi dal rappresentare un autonomo modello formativo rappresenta l'adattamento delle regole codicistiche alle peculiarità dello strumento utilizzato. Adattamento, tuttavia, non affidato al mercato, ma definito normativamente. È necessario, pertanto, rivalutare la definizione dell'accordo secondo le indicazioni che ci offrono le norme dettate dalla legislazione speciale. Non si può affermare, in via generale, che la vetrina virtuale valga come proposta o invito ad offrire: il suo inquadramento dogmatico dipende dal suo contenuto^[59]. Né, a maggior ragione, si può continuare a ragionare in termini di incontro tra proposta e accettazione. Occorre abbandonare retaggi dogmatici; ciò che interessa è verificare il grado di vincolatività che la legge attribuisce agli atti^[60]. La certezza che ci consegna il legislatore è il ruolo centrale attribuito al "buono d'ordine".

Con quest'ultima locuzione s'intende indicare la proposta di acquisto di un bene inoltrata dal cliente al venditore tramite il sito web. Il suo inoltro rappresenta il momento di valutazione della correttezza del procedimento. All'atto dell'inoltro devono essere fornite le informazioni all'aderente, deve risultare completo il regolamento contrattuale, deve essere correttamente formata la volontà del contraente. La sua qualificazione, in termini di proposta o di accettazione, nulla aggiunge alla tutela che il legislatore appronta per la parte. Esso rappresenta il momento riassuntivo dell'attività contrattuale, che si compendia nella somma delle dichiarazioni di volontà di entrambe le parti.

Al pari di quanto accade in altri casi affrontati dal legislatore comunitario, si assiste ad un superamento complessivo delle categorie classiche per accedere ad un sistema di tutela effettiva.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Sul tema della tutela del consumatore nei mercati virtuali e delle interferenze tra diritto dei contratti e nuove tecnologie della comunicazione elettronica, mi sia consentito rinviare a E. Tosi (a cura di), *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico. Contratti – Responsabilità – Rimedi*, Milano, 2012, passim; cui adde E. Tosi, *Diritto Privato dell'informatica e di Internet. I beni – I contratti – Le responsabilità*, Milano, 2006.

[2] {[https/URL](https://URL)}, intervento all'Università Milano Bicocca del 20 ottobre 2016

[3] Gibson, *Neuromante*, 1984. Sul tema degli « spazi virtuali » si veda, inoltre, Woolley, *Virtual Worlds*, Penguin, London, 1993, spec. p. 122 ss.

[4] Sulla ricostruzione della categoria negoziale del contratto virtuale si veda per tutti Tosi, *Il contratto virtuale. Procedimenti formativi e forme negoziali tra tipicità e atipicità*, Milano 2005.

[5] Sui rapporti tra homo faber, homo ludens, homo videns e homo digitalis si veda Sartori, *Homo videns*, Bari, 1999. In senso analogo, si veda E. Tosi, “La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21”, saggio è destinato agli Studi in onore di Lucio Valerio Moscarini.

[6] Cairncross, *The Death of Distance: How the Communications Revolution Will Change Our Lives*, cit.

[7] Si veda per una ricostruzione normativistica dello spazio virtuale quale ordine artificiale soggetto non solo alle regole del codice informatico ma anche – e innanzitutto – alla forma iuris De Luca, *Autonomia privata e mercato telematico nel sistema delle fonti*, Milano, 2004, passim, spec. p. 158 ss. e 161 ss

[8] R. Fragnito (a cura di), *La Rete della didattica*, Pensa Multimedia, Lecce, 2002.

[9] A. Pascale, *Spazio e tempo dei saperi digitali*, saggio per {[https/URL](https://URL)} Associazione Nazionale Scuola Italiana.

[10] V. Franceschelli – *Premesse generali per uno studio del commercio elettronico*, in Id. (a cura di), *Commercio elettronico*, Milano, 2001, p. 6

[11] {[https/URL](https://URL)}. Spolidoro, *Il sito web*, in AIDA, 1998, p. 178

[12] Y. Benkler, *From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation*, in *Federal Communications Law Journal*, 52, 2000, pp. 561 ss. spec. 562-563.

[13] Lessig, *The Future of Ideas*, Random House, New York, 2001, pp. 241 ss. e spec. p.

[14] European Commission, *Digital single market, Bringing down barriers to unlock online opportunities*.

[15] Regolamento (UE) 2015/2120 che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione, 25 novembre 2015, disponibile qui {[https/URL](https://URL)}

[16] Regolamento (UE) 2017/1128 relativo alla portabilità transfrontaliera di servizi di contenuti online nel mercato interno, 14 giugno 2017.

[17] Regolamento UE 2018/302 recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) n. 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, 28 febbraio 2018, disponibile qui {[https/URL](https://URL)}.

[18] Per approfondimenti sul GDPR, si vedano i precedenti articoli nella sezione IP & IT di Iusinitinere, ex multis: *Data breach e GDPR (parte II): gli obblighi di notifica agli interessati*, *Lo schema del decreto legislativo per l'adeguamento al GDPR*, *Le valutazioni d'impatto (DPIA) del GDPR*, *Data breach e GDPR (parte I): gli obblighi di*

notifica all'autorità, Il nuovo scenario in tema di protezione dei dati personali alla luce dell'imminente applicazione del GDPR.

[19] Commissione Europea – comunicati stampa, Riunione del Leader UE a Sofia: completare un mercato unico digitale sicuro a vantaggio di tutti, Bruxelles, 15 maggio 2018, disponibile qui <https://www.commission.europa.eu/it/press-room/news/press-conferences/2018/05/15-05-2018>

[20] Commissione Europea – comunicati stampa, Quanto è digitale il tuo paese? L'Europa ha bisogno del mercato unico digitale per stimolare le prestazioni digitali, Bruxelles, 18 maggio 2018, disponibile qui <https://www.commission.europa.eu/it/press-room/news/press-conferences/2018/05/18-05-2018>

[21] M. Bianca, Diritto civile, volume 3 il contratto, Giuffrè editore, Milano, II edizione.

[22] E. Ruggieri, I contratti telematici nel Codice del Consumo: in particolare, la conclusione.

[23] È la forma più nota, anche se non la più diffusa, di e-commerce, e indica sostanzialmente la fornitura di beni e servizi direttamente all'utente finale. In genere avviene tramite un sito web dove il merchant (chi vende) mette a disposizione del buyer (chi compra) un carrello della spesa virtuale in cui inserire tutti gli oggetti da acquistare, tutti "osservabili" da cataloghi appositi, più o meno sofisticati a seconda del sito e dei beni o servizi che l'impresa propone. Il compratore può aggiungere o eliminare i prodotti che vuole, modificarne le quantità, controllare tanto il valore complessivo quanto quello di dettaglio, visionare tutto il contenuto, ecc. L'atto finale della transazione consiste nella compilazione, da parte del compratore, di un form con i suoi dati e gli estremi della carta di credito (al problema, molto discusso, della sicurezza di queste transazioni abbiamo dedicato un articolo apposito). Se tutto è andato come doveva, l'operazione si conclude con l'arrivo, in tempi brevi, della merce ordinata direttamente a casa del buyer: cfr. in proposito G. Sciulli, Modelli B2B e B2C, in <https://www.giuffre.it/it/ricerca/2018/05/2018-05-2018>.

[24] Altro esempio possibile è il cosiddetto Business consumer to business (C2B), un modello ancora poco noto ma probabilmente destinato a vasta diffusione, consistente in una serie di iniziative commerciali (come quelle avviate da Priceline) dove è il consumatore a proporre il prezzo per il prodotto a cui è interessato, provocando così l'offerta dei diversi merchant coinvolti nel servizio: cfr. G. Sciulli, Modelli, cit.

[25] L'art. 3 del d. lgs. 185/99 dispone che: "In tempo utile, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza, il consumatore deve ricevere le seguenti informazioni:

a) identità del fornitore e, in caso di contratti che prevedono il pagamento anticipato, l'indirizzo del fornitore; b) caratteristiche essenziali del bene o del servizio; c) prezzo del bene o del servizio, comprese tutte le tasse o le imposte;

d) spese di consegna; e) modalità del pagamento, della consegna del bene o della prestazione del servizio e di ogni altra forma di esecuzione del contratto; f) esistenza del diritto di recesso o di esclusione dello stesso ai sensi dell'articolo 5, comma 3; g) modalità e tempi di restituzione o di ritiro del bene in caso di esercizio del diritto di recesso; h) costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, quando è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base; i) durata della validità dell'offerta e del prezzo; l) durata minima del contratto in caso di contratti per la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ad esecuzione continuata o periodica.

Le informazioni di cui al comma 1, il cui scopo commerciale deve essere inequivocabile, devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile, con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza impiegata, osservando in particolare i principi di buona fede e di lealtà in materia di transazioni commerciali, valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili.

In caso di comunicazioni telefoniche, l'identità del fornitore e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della conversazione con il consumatore, a pena di nullità del contratto (...)"

[26] Bravo, I contratti a distanza nell'evoluzione del diritto privato europeo, in I contratti del consumatore, a cura di Alpa, Milano 2014, p. 566.

[27] Bravo, I contratti a distanza cit. p. 567.

[28] L'art. 12 cit. prevede una serie di informazioni che si aggiungono a quelle previste dalla normativa in materia di contratti a distanza e 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, il prestatore, salvo diverso accordo tra parti che non siano consumatori, deve fornire in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, prima dell'inoltro

dell'ordine da parte del destinatario del servizio, le seguenti informazioni: a) le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto; b) il modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e le relative modalità di accesso; c) i mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore; d) gli eventuali codici di condotta cui aderisce e come accedervi per via telematica; e) le lingue a disposizione per concludere il contratto oltre all'italiano; f) l'indicazione degli strumenti di composizione delle controversie. 2. Il comma 1 non è applicabile ai contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti. 3. Le clausole e le condizioni generali del contratto proposte al destinatario devono essere messe a sua disposizione in modo che gli sia consentita la memorizzazione e la riproduzione.”

[29] Gambino, L'accordo telematico, cit. 141 ss.; Tosi, Diritto privato dell'informatica e di internet: i beni, i contratti, le responsabilità, Milano 2006, p. 323 ss.; Delfini, Contratto telematico e commercio elettronico, Milano 2002, p. 86; Follieri, Il contratto concluso in internet, Napoli 2005, 102 ss.; Pennasilico, La conclusione dei contratti on line tra continuità e innovazione, in *Dir. Informazione e Informatica*, 2004, 805 ss.

[30] I problemi principali sono dati dalla possibilità di utilizzo di pc portatili o di accesso al computer fisso “da remoto” (e quindi da sede diversa), rispetto ai quali, mentre per un noto orientamento dottrinale, il luogo di conclusione del contratto andrebbe comunque individuato in quello in cui si trova il proponente nel momento in cui ha notizia dell'accettazione (cfr. Albertini, Osservazioni conclusive sulla conclusione del contratto tramite computer e sull'accettazione di un'offerta in Internet, in *Giust. civ.*, 1, 1997, II, p. 39), altra parte della dottrina ritiene, invece, che il luogo di conclusione, in ipotesi di utilizzo di e-mail, sia quello ove si trova il server del provider con cui è stato stipulato il contratto d'accesso ad internet e dove è stato assegnato uno spazio di memoria per l'indirizzo e-mail e che la stessa regola valga anche in ipotesi di contratti conclusi sul web: v. Tosi (a cura di), *I problemi giuridici di internet*, Milano, 1999, p. 27. Cioché se il provider è concessionario di un server che si trova presso uno stato estero, il contratto dovrebbe ritenersi concluso all'estero con le note ricadute in ordine alla giurisdizione e alla legge applicabile. Peraltro, tale ricostruzione recepisce mutatis mutandis il principio espresso da Cass. sez. un., 25 gennaio 1995, n. 892, secondo cui “nel caso di contratto di compravendita concluso a seguito di trattative avvenute mediante trasmissione telefonica (fax) deve ritenersi che il contratto si sia perfezionato nel luogo in cui è stato ricevuto il fax che contiene l'accettazione dell'ultimo prezzo proposto dal venditore”.

[31] Sui rapporti tra il Reg. CE 44/2001 (oggi sostituito dal Reg. UE 1215/2012) e il Reg. CE n. 593/2008, v. Corte di Giustizia {[https/URL](https://URL)}, sezione grande, 7 dicembre 2010 (proc. C-144/09).

[32] De Cristoforo, in *La riforma del codice del consumo*, cit., a cura di D'Amico, sub art. 66 bis, p. 374.

[33] Ricciuto, Solinas, *Gli obblighi informativi*, cit., p. 230.

[34] Considerato il carattere imperativo ed inderogabile della disciplina in materia di diritto dei consumatori (cfr. Putti, *L'invalidità dei contratti del consumatore*, in *Diritto privato europeo*, a cura di Lipari, Padova 1997, II, 553).

[35] In caso di comunicazioni telefoniche, l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della conversazione con il consumatore, a pena di nullità del contratto”.

[36] Alpa, *Contratti a distanza. Prime considerazioni*, in *Contratti*, 1999, p. 851.

[37] La violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1, {[https/URL](https://URL)}.”

[38] “La violazione delle disposizioni relative agli obblighi di informazione e correttezza nella formazione dei contratti del mercato finanziario - pur avendo la stessa natura di norme imperative - non incide sulla validità dei negozi in quanto tali disposizioni presidiano la fase delle trattative precontrattuali. Deve quindi escludersi

l'applicabilità dell'art. 1418 [{https/URL}](#)., in tema di nullità, in quanto la norma postula che l'invalidità investa elementi 'intrinseci' della fattispecie negoziale, che riguardino, cioè, la struttura o il contenuto del contratto. L'art. 1337 [{https/URL}](#). assume il valore di una clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa, ma certamente implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto”.

[39] Ricciuto, Solinas, Gli obblighi informativi, cit., p. 231-232.

[40] Bravo, I contratti a distanza cit. p. 573.

[41] Bianca, Diritto civile, cit., p. 278.

[42] N. Irti, La rinascita del formalismo e altri temi, in *Idola Libertatis*, Milano 1985, e ora in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova 1997; P. Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli 1986; Di Marzio, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 395; e da ultimo Masucci, *La forma del contratto*, in N. Lipari (a cura di), *Tratt. dir. priv. europeo*, Padova 2003, p. 199, rileva – a proposito del [{https/URL}](#). neoformalismo negoziale – che: « diviene più sfumata la distinzione tra forma dell'atto contrattuale e forma dell'attività contrattuale, nella misura in cui le prescrizioni formali intese nel senso più ristretto – in breve l'adozione della forma scritta per il contratto stipulando – sono soltanto uno degli aspetti del neoformalismo introdotto dalla normativa comunitaria, la quale ha cura di disciplinare attraverso la forma, la trasparenza, la pubblicità e la pubblicizzazione delle condizioni contrattuali, ogni modalità di sollecitazione della domanda sul mercato e quindi ogni modalità di esplicitazione del contenuto rilevante della negoziazione »

[43] Così Di Sabato, *Il documento contrattuale*, Milano 1998, p. 84; Giorgianni, voce *Forma degli atti*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano 1968, p. 988 ss.; e da ultimo Sica, *Atti che devono farsi per iscritto*: art. 1350 [{https/URL}](#)., in *Comm. Schlesinger*, continuato da Busnelli, Milano 2003, p. 29. L'a. osserva, inoltre, che: « in un caso la prescrizione di una determinata forma corrisponde alla finalità di tutela del contraente debole, in un altro assicura certezza dei rapporti contrattuali, in un altro ancora ha un compito “certificativo” dell'assolvimento di uno specifico iter procedimentale al quale la legge annette un'apposita rilevanza in relazione agli interessi privilegiati. In altre parole, il requisito formale da “uno” (e quindi, afflitto da necessità qualificative in termini di absolutezza) si scompone nelle “forme” dei diversi settori dell'intervento legislativo. (...) dalla forma che funge da ingombro si passa a quella che “misura” preventivamente la diligenza, ribadisce la regolarità del procedimento, si da evitare la patologia negoziale e le sanzioni che del resto, nel frattempo, sono sempre meno automaticamente da scorgere in quelle codicistiche (sub specie, soprattutto della nullità, potendo spesso essere ricondotte a discipline amministrativistiche di settore) ».

[44] Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, 1987; Palazzo, *Digesto*, VIII, 442; Giorgianni, *Enc. Giur.*, XVII, 990.

[45] L. D'Apollò, *L'evoluzione del diritto dei contratti*, in *Altalex* pubblicato il [{https/URL}](#)

[46] Trib. Firenze, 2 aprile 2004; contra, peraltro, Trib. Parma, 14 luglio 2005

[47] Cfr. art. 7 del [{https/URL}](#). 231/2002

[48] Corte di giustizia delle Comunità europee, 27 giugno 2000, in *Foro It.*, 2000, IV, 413 ss..

[49] Così espressamente Monticelli, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 cc e le nullità contrattuali*, in *Giust. Civ.*, 2003, 7-8, 296

[50] Ancora Monticelli, op. cit., 296; ID, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 688.

[51] R. Clarizia, *I contratti informatici*. Collana “Trattato dei contratti” vol. 6. Torino: UTET, 2007

[52] G. Navagone, *Instrumentum Digitale. Teoria e disciplina del documento informatico*. Milano: Giuffrè Editore, 2012 pag. 140.

[53] G. Navagone, *Instrumentum Digitale. Teoria e disciplina del documento informatico*. Milano: Giuffrè Editore, 2012 [{https/URL}](#) e ss.

[54] G. Navagone, *Instrumentum Digitale. Teoria e disciplina del documento informatico*. Milano: Giuffrè Editore, 2012 {https/URL} e ss

[55] R. Clarizia, *I contratti informatici*. Collana "Trattato dei contratti" vol. 6. Torino: UTET, 2007 pag. 140 e ss.

[56] R. Clarizia, *I contratti informatici*. Collana "Trattato dei contratti" vol. 6. Torino: UTET, 2007 pag. 151 e ss.

[57] G. Navagone, *Instrumentum Digitale. Teoria e disciplina del documento informatico*. Milano: Giuffrè Editore, 2012 {https/URL}

[58] {https/URL}. Nazzaro, *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico, nformatica e diritto*, XXXVI annata, Vol. XIX, 2010, n. 1-2, pp. 7-32

[59] In un'ottica di revisione dell'intero procedimento di conclusione del contratto che impedisce di separare proposta e accettazione dalla fase formativa v., P. Perlingieri, R. Di Raimo, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 392 e ss.

[60] Il sistema deve essere letto e interpretato in funzione del complessivo contesto normativo e in ragione delle scelte politiche che lo fondano. "È un fatto di interpretazione, da un lato, e di politica del diritto dall'altro", "la disciplina fondata sulle forme e sull'affidamento è di per sé idonea a soddisfare l'interesse al raffreddamento del mercato, l'interesse perciò degli operatori professionali, ma non sempre quello delle parti deboli: questo dipende dal contesto. Dipende dalle scelte di fondo operate in ordine all'architettura generale del sistema dei rapporti privati": R. Di Raimo, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., p. 86 e ss.

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=5278>