

MARIA PAOLA MANTOVANI*

*Il diritto dei contratti nell'era delle nuove tecnologie***

Sommario: 1. L'impatto delle nuove tecnologie sul diritto dei contratti. – 2. Gli automi nel diritto privato. – 3. La conclusione del contratto telematico. – 4. Il contratto concluso *par voie électronique*. – 5. Conclusioni.

1. *L'impatto delle nuove tecnologie sul diritto dei contratti*

Con la rivoluzione industriale e la conseguente produzione di massa, i tradizionali modelli di conclusione del negozio sono apparsi sempre più inadeguati. Ma è grazie all'avvento delle nuove tecnologie che si è assistito ad un generale ripensamento delle categorie dogmatiche tradizionali in tema di contratto¹ e della sua formazione. La contrattazione telematica ha aperto nuovi orizzonti e contribuito ad annullare la distanza spazio-temporale² in ambito economico, favorendo la creazione di un mercato sempre più globale³.

Gli scenari attuali sono connotati da relazioni sociali ed economiche che, in misura sempre più consistente, si avvalgono degli strumenti tecnologici per concludere contratti e

* Professoressa associata di Diritto privato comparato presso l'Università degli Studi di Camerino.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

¹ F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXI, 1, Milano, 1968, p. 417.

² N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geodiritto*, Roma-Bari, 2001, p. 65 s., parla di un «non luogo», dove «il contenuto, visivo e auditivo, non ha posizione nello spazio». Anche se si osserva che il commercio telematico promuove e soddisfa interessi e bisogni concreti dei soggetti, «che si inseriscono, dunque, non nella dimensione temporale astratta della rete, ma in quella concreta degli interessi di chi della rete si serve», (R. SCOGNAMIGLIO, *L'adempimento dell'operazione economica telematica tra «realtà virtuale» ed «interessi dei contraenti»*, in V. RICCIUTO e N. ZORZI, *Il contratto telematico*, in *Tratt. dir. comm.* Galgano, Padova, 2002, p. 159).

³ Osserva F. BRAVO, *Ubi societas ibi ius e fonti del diritto nell'età della globalizzazione*, in *Contr. impr. Eur.*, 2016, p. 1346, che «nella società globalizzata e interconnessa digitalmente, infatti, oltre ai fenomeni di allargamento dei mercati e di intensificazione degli scambi internazionali, [...] si vanno a delineare scenari del tutto nuovi rispetto al passato, di grande impatto teorico, non privi di rilevanza sul piano anche operativo ed economico».

scambiare beni o servizi. Di qui la necessità di considerare i concreti bisogni e gli interessi emergenti dalla realtà, alla luce della diversa morfologia dello scambio che avviene, grazie all'uso di internet, in modo virtuale, «questo aggettivo non vuole esprimere un giudizio di minor valore, bensì soltanto alludere alla maniera in cui si manifestano i rapporti tra i membri della società»⁴.

Il fenomeno giuridico non può essere considerato come un elemento astratto, separato dalla realtà, in quanto «il diritto si erge su un fondamento concreto, che ha una funzione sociale, e che è impossibile isolarlo dal suo substrato reale»⁵. Se ci si limitasse a studiare gli aspetti tecnico-giuridici⁶, ci si fermerebbe al dato esteriore, mentre l'analisi delle «fonti sociali del diritto positivo, che si trovano al di là della frontiera, fluida e imprecisa, che separa l'ambito del “dato” da quello del “costruito”»⁷ aiuta l'interprete a misurarsi con una realtà complessa ed in costante movimento e fa comprendere, nella sua totalità, il fenomeno giuridico. Il diritto non domina la società, la esprime⁸, e ciò sostanzia il nesso, inscindibile, fra diritto e società.

L'impatto delle nuove tecnologie ha prodotto un duplice ordine di conseguenze, *in primis* ha modificato la fisionomia del contratto, con il conseguente superamento della concezione di contratto quale paradigma unitario, privilegiandone una declinazione plurale, alla luce dell'ampio ventaglio di modalità entro cui il fenomeno contrattuale può dispiegarsi. Le continue trasformazioni delle relazioni sociali ed economiche hanno prodotto un impatto

⁴ T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998, p. 6 ss.

⁵ Nel tracciare le fasi del procedimento metodologico si mette in luce, nella fase di reintegrazione del termine da comparare nell'ordinamento, la necessità dei fattori metagiuridici che incidono sulla genesi, sulla struttura e sulla funzione dei termini da comparare. L.J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, ed. italiana di A. Procida Mirabelli Di Lauro, Torino, 2000, p. 189.

⁶ Sul contesto telematico del mercato composto da reti di telecomunicazioni interconnesse cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato*, Torino, 1992; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.

⁷ L.J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, cit., p. 191. Fondamentale nell'aver colto il legame indissolubile fra dato e costruito, F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif- Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, IV, Paris, 1924, p. 181 e 18, ove parla del rapporto tra *donné et construit*. Fondamentale è di F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, in cui egli sviluppa il suo fondamentale discorso sul metodo per il giurista e precede la riflessione scientifica che troverà massima espressione in *Science et technique*, nel rapporto tra *donné et construit*.

⁸ J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908, p. 336.

sull'istituto contrattuale, che si trova naturalmente inserito in un processo di incessante adeguamento⁹ ai concreti bisogni e agli interessi emergenti da una realtà in rapida e costante evoluzione¹⁰.

La sollecitazione sociale, che precede la soluzione di diritto positivo, innesca nel diritto istanze di riorganizzazione delle linee e delle soluzioni precedenti. L'impatto delle nuove tecnologie sul fenomeno contrattuale impone l'adozione di una rigorosa metodologia¹¹ ed uno sforzo ermeneutico, da parte dell'interprete, teso ad armonizzare vita sociale e ordine giuridico o, se vogliamo, con espressione più altisonante, diritto e storia¹².

La positività della realtà sociale odierna sembra suggerire l'idea che essa possa prendere il luogo della positività normativa, un dato esterno che sia in grado di dominare il pensiero giuridico. Dobbiamo, tuttavia, evitare di assecondare uno sviluppo che sembra mosso dalla preponderanza della realtà sociale ed economica, e dare spazio alla totalità dell'esperienza, riannodando i valori al sistema e considerando, quale bussola da seguire, la trama rigorosa del contratto.

Il legislatore italiano del 1942, attento a quello che venne definito come il «metodo dell'economia» nella codificazione, si prefiggeva di allineare il più possibile le categorie giuridiche a quelle del mondo degli affari, alla stregua della realtà economica e degli scambi dell'epoca. Allo stato attuale, questa esigenza si impone nuovamente, ma deve fare i conti con una realtà diversa e con un orizzonte profondamente mutato.

Muovendo dalla consapevolezza della complessità e della ricchezza della società moderna, il giurista è chiamato, oggi, a confrontarsi con nuovi modelli contrattuali, estranei all'epoca della codificazione, che superano il puro dogma volontaristico che permea di sé il

⁹ A. MUSIO, *La storia non finita dell'evoluzione del contratto tra novità tecnologiche e conseguenti esigenze di regolazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 226 ss.

¹⁰ Basti pensare alla prolusione barese del 1968 di Nicola Lipari, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica*, poi rifluita in N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica: riflessioni sul metodo*, Bari, 1972, permeata dall'idea che la fedeltà del giurista alla norma va mantenuta solo «in quanto concretamente riscontri che essa esprime un valore che è presente, secondo le condizioni storiche e sociali di quel momento, nella totalità dell'esperienza».

¹¹ «I dogmi del diritto non sono precetti, bensì concetti, la cui forza è la forza della loro logica coerenza con il sistema» F. GALGANO, *I dogmi nel diritto*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 909. Sulla funzione della dogmatica, L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, p. 4 ss.

¹² P. GROSSI, *Pagina introduttiva. (Ripensare Gény)*, *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 199, p. 1 ss.

concetto classico di contratto elaborato dalla tradizione codificatoria. Fondamentale, nel quadro del discorso, è considerare il nuovo ordine del contratto tecnologico i cui tratti caratteristici non si spostano dal troncone principale del diritto comune ma lo plasmano, in modo tale da adattarlo alle esigenze e alle peculiarità delle nuove contrattazioni.

2. *Gli automi nel diritto privato*

Con la rivoluzione industriale e l'avvento delle macchine si assiste all'ingresso di nuovi strumenti in grado di realizzare scambi tra macchina e uomo. Fa la sua comparsa nella scena del diritto un sistema di scambi retti da automatismi che sembra allontanarsi dalla prospettiva tradizionale del codice civile, quale orizzonte normativo strutturato per gli scambi negoziati, con evidenti implicazioni sulla nozione stessa di contratto. Una riflessione sull'impatto dell'automazione sulla fenomenologia contrattuale è presente già agli inizi del Novecento quando Antonio Cicu pubblica la sua tesi di laurea sugli automi nel diritto privato¹³. Parimenti Antonio Scialoja mette in luce l'importanza giuridica degli apparecchi automatici, di cui è già chiaro come «i tradizionali principî del contratto si adattano a questo nuovissimo mezzo di concludere negozi giuridici»¹⁴.

Indagando il fenomeno degli automi, Cicu propone la categoria dei negozi automatici di cui, proprio in ragione dell'assenza di mediazione dialogante fra le parti, finisce per concludere in termini di realtà del contratto. L'ingresso delle macchine introduce nuove modalità di acquisto dei beni, si pensi all'acquisto mediante distributore automatico che, per alcuni,

¹³ Celebre è la tesi di laurea di A. CICU, *Gli automi nel diritto privato*, estratto dal periodico "Il Filanger?", Milano, 1901, p. 561 ss. In argomento, M. RICCA BARBERIS, *Dell'offerta fatta al pubblico e del contratto stipulato coll'automate*, in *La legge*, XLI, p. 356 ss. Di recente una rilettura della tesi di Antonio Cicu è stata proposta da E. DAMIANI, *Note in tema di conclusione del contratto mediante sistemi automatici (spunti per una rilettura della tesi di Antonio Cicu)*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 749 ss., secondo cui «gran parte delle riflessioni svolte da Cicu più di un secolo fa sono sostanzialmente riutilizzabili per la disamina della disciplina applicabile alla conclusione del contratto telematico». M. BARELA, *Accordo, consenso e assenso (brevi note nella prospettiva della crisi del contratto)*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, p. 225 ss., secondo cui «l'elemento di realtà, che caratterizza lo scambio tramite distributore automatico, aveva persuaso autorevoli giuristi, [...] a ricondurre il fenomeno nell'ambito dei contratti reali, attesa l'importanza dello scambio tra moneta e res, in un unico atto, senza il quale il contratto non viene neppure ad esistenza».

¹⁴ «Ogni progresso in genere porta con sé nuovi rischi e quindi la necessità di nuove previdenze: l'estensione degli automatici come mezzo di agevolare i traffici con i suoi vantaggi porta i suoi inconvenienti e perciò il bisogno di prevederli, e fin dove è possibile di eliminarli», così, A. SCIALOJA, *L'offerta a persona indeterminata ed il contratto concluso mediante automatico*, Città di Castello, 1902, p. 151.

integra un rapporto contrattuale di fatto¹⁵ che si instaura per il tramite di un automa in cui tutto è spersonalizzato, dall'offerta alla ricezione del prezzo¹⁶, e per il quale risulta sufficiente il solo fatto giuridico tipizzato, consistente nella selezione e nel pagamento del prezzo, socialmente valutabili come accettazione da parte dell'oblatore.

Sotto il profilo dell'inquadramento della fattispecie, non basta ad escludere il contratto l'affievolirsi della volontà nel processo di formazione, caratteristica inevitabile della standardizzazione contrattuale, essendo sufficiente l'accordo sulla costituzione del rapporto contrattuale insito «proprio nell'offerta e nell'accettazione della merce»¹⁷.

In argomento, appaiono di una sorprendente modernità le parole di Antonio Scialoja secondo cui lo Stato, «come tutore del diritto ha l'obbligo sociale di garantire equamente l'esistenza e lo svolgimento di qualunque libera forma di estrinsecazione dell'umana attività»¹⁸ e, dunque, se oggi il tema degli automi nel diritto privato è solo agli esordi senz'altro, osserva, avrà nella vita commerciale del futuro una sempre più larga fortuna.

3. La conclusione del contratto telematico

Il codificatore del 1942 ha disegnato un articolato normativo che muove dallo schema dell'accordo costruito lungo l'asse proposta-accettazione introducendo, nel contempo, un

¹⁵ La teorica dei rapporti contrattuali di fatto ha origine in Germania con la prolusione di Gunter HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941, tradotta da G. VARANESE, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, Torino, 2012. In Italia sui rapporti contrattuali di fatto, v. L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965; E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 353 ss.; G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 151 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 662 ss.; e la voce enciclopedica di C. ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, p. 1 ss.

¹⁶ Sembra lecito domandarsi se non possa essere più acconcia ai fini di una individuazione del contratto telematico, richiamando quelle *variae causarum figurae* che l'art. 1173 c.c. accoglie entro l'articolato sistema delle fonti delle obbligazioni. P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 1992, p. 161, richiama le *variae causarum figurae* ponendo l'accento sulla varietà di istituti che vi si riconducono e sul differente ruolo che tipicità e atipicità assumono sul piano dei contratti e dei fatti illeciti.

¹⁷ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 43; ID., *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita not.*, 2001, p. 1120.

¹⁸ A. SCIALOJA, *L'offerta a persona indeterminata ed il contratto concluso mediante automatico*, cit., p. 251.

sistema in grado di assecondare le nuove esigenze della contrattazione e tutelare il contraente nella contrattazione di massa¹⁹.

Il dato codicistico mostra tutta la lungimiranza dei codificatori in ordine alla necessità di introdurre tecniche uniformi di conclusione del contratto, senza sacrificare l'esigenza del contraente non predisponente²⁰. In tal senso, con l'avvento della produzione di massa, si realizza una dimensione seriale e standardizzata nella produzione dei beni e servizi, che marginalizza lo scambio individuale nell'ottica di un esercizio più ampio ed efficiente dell'autonomia privata²¹.

Tale stato di cose impone di semplificare il modo di perfezionamento del contratto e ridurre i tempi usualmente impiegati per la conclusione del contratto, in modo da assicurare la celerità dell'operazione economica e una diminuzione dei costi, e fa emergere nuove modalità di conclusione del contratto, tipiche degli scambi di massa²².

L'articolato codicistico mostra una dettagliata e analitica regolamentazione del procedimento di conclusione del contratto, non avulsa dalla previsione di nuove ipotesi di regolamentazione dello scambio contrattuale, sempre più ricorrenti nella prassi degli affari. Si veda la disciplina delle condizioni generali di contratto, di cui agli artt. 1341 ss. c.c., quale modello di contratto standard²³ interamente predisposto dall'imprenditore intento a regolare, in modo

¹⁹ Secondo AND. GENOVESE, *La crisi della disciplina del contratto standard*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 1156 ss., «un competente legislatore nazionale, pienamente consapevole delle dinamiche del mercato, approfittava della codificazione del Quarantadue, per introdurre, di fatto per primo in Europa, una disciplina che, nel riconoscere quanto stava accadendo nella prassi, appariva al tempo davvero rivoluzionaria: la regolamentazione delle condizioni generali di contratto e dei moduli e formulari (artt. 1341, 1342 e 1370 c.c.), in breve, del contratto standard».

²⁰ Per AND. GENOVESE, *La crisi della disciplina del contratto standard*, cit., p. 1159, la tutela formale contro le clausole vessatorie, introdotta con gli artt. 1341 e 1342 c.c., non risulta sempre idonea a reprimere i possibili abusi che «possono ricongiungersi al potere di predisposizione dei testi uniformi. Parimenti, anche la speciale forma di garanzia interpretativa a favore dell'aderente, cui soggiace il contratto standard, non sempre è parsa soddisfacente».

²¹ A. PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 69 ss., si occupa dell'accordo contrattuale, dunque, come tecnica di tutela che non subentra al contratto a seguito dell'inadempimento, ma si affianca allo stesso in un rapporto continuativo e di complementarità.

²² Muovendo l'indagine dalla prospettiva dello storico, S. SEGNALINI, «Contrahere» senza «consentire»? *Il punto di vista dello storico*, in *Riv. dir. rom.*, 2010, p. 1 ss., fa notare che occorre chiedersi «se davvero i nuovi scambi di massa rappresentano un problema per il diritto e se «effettivamente questo tipo di scambi costituisce un problema per il nostro sistema contrattuale e la nostra tradizione giuridica: portando con sé o la necessità di rivedere la nozione di contratto (svincolandola dall'accordo), o la ricerca di una nuova categoria (il diverso nome di cui parla Irti), destinata ad accoglierli».

²³ Per la negoziazione di beni e servizi standardizzati si è reso necessario affrancarsi dal tradizionale modello di conclusione del contratto, v. ANT. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, p. 135 ss.; F.

uniforme, tutti i rapporti giuridici mediante i quali si immettono sul mercato i beni prodotti o i servizi offerti.

«Formalità speciali sono state previste per la conclusione dei contratti su moduli e formulari predisposti da una sola parte, o dei contratti con rinvio a condizioni generali (articoli 1341 e 1342). Il bisogno di assicurare l'uniformità del contenuto di tutti i rapporti di natura identica, per una precisa determinazione dell'alea che vi è connessa, la difficoltà che si oppone alle trattative con i clienti [...] inducono l'imprenditore a prestabilire moduli il cui testo non può essere discusso dal cliente, se il cliente non voglia rinunciare all'affare. Un tal modo di conclusione del contratto non deve ritenersi illegittimo solo perché non dà luogo a trattative e a dibattiti di clausole [...]. La realtà economica odierna si fonda anche su una rapida conclusione degli affari, che è condizione di un acceleramento del fenomeno produttivo, a questa esigenza va sacrificato il bisogno di una libertà di trattative che imporrebbe intralci spesso insuperabili»²⁴. Moduli e formulari sono tecniche conformatrici del rapporto²⁵ che operano in senso unilaterale, in quanto una parte predispone il testo negoziale e all'altra viene chiesto di aderirvi o meno. Il riferimento alle condizioni generali di contratto porta a configurare una

REALMONTE, *Le condizioni generali riprodotte o richiamate nel contratto*, in *Jus*, 1976, p. 80 ss.; A. CATAUDELLA, *Condizioni generali e procedimento di formazione del contratto*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1991. Secondo alcuni (MAR. NUZZO, *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, III, Napoli, 1972, p. 549 ss.), la contrattazione standardizzata non sarebbe espressione di autonome tecniche di raggiungimento dell'accordo, ma si inscriverebbe come altra tecnica di conclusione del contratto. In argomento: A. ALBANESE, *Poteri del proponente e conclusione del contratto*, in *Giust. civ.*, 1992, p. 555 ss. Per un approfondimento sul tema si rinvia a A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002; S. PATTI, *L'accordo e la sua formazione*, in Aa.Vv., *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006, p. 180.

²⁴ *Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile*, n. 612, consultabile in consiglionazionaleforense.it.

²⁵ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 347 ss., spec. 351, osserva come «il contratto per adesione – dove l'una parte ha già parlato e rivolge all'altra un'unica domanda e attende un'unica risposta – inaugura il declino dell'*homo loquens*, e dissolve il dialogo nella solitudine di due decisioni individuali. La tecnologia dell'adesione postula un *testo grafico*, in cui una parte si è per sempre espressa. [...] C'è ancora la parola, ma strappata dal dialogo, e resa immobile e statica in un testo grafico, che attende soltanto un sì o un no».

particolare modalità di predisposizione contrattuale, fondata su una contrattazione standardizzata²⁶, che, tuttavia, impone, in guisa analoga alla fase delle trattative, il rispetto degli obblighi di correttezza e di buona fede²⁷.

Nell'epoca attuale assistiamo ad un crescente e significativo incremento del fenomeno dell'*e-commerce* che allude all'«insieme delle relazioni negoziali, ovvero delle cc.dd. transazioni commerciali aventi ad oggetto beni o servizi, che si instaurano fra soggetti mediante l'uso di strumenti informatici (cc.dd. acquisti off-line) e telematici (cc.dd. acquisti on-line)»²⁸.

Il presente contributo intende svolgere una riflessione sulla conclusione del contratto telematico, innestata all'interno della disciplina generale del contratto, in ossequio ad una prospettiva sistematica unitaria²⁹. La domanda a cui cercheremo di dare una risposta è se, con l'avvento della contrattazione telematica, si assiste al tramonto del dogma del consensualismo o, come appare più ragionevole e conforme alla realtà delle contrattazioni *on line*, sia corretto affermare che lo scambio telematico ha bisogno di un accordo, sebbene strutturalmente e funzionalmente diverso in ragione del luogo, universo telematico, entro cui si realizza. Nelle contrattazioni telematiche pare corretto muoversi «in coordinamento con la tutela del consenso, vera e sola tutela della libertà, non senza o contro di essa. Si deve anzi riconoscere l'opportunità che questo coordinamento – certamente arduo per l'interprete – avvenga attraverso nuove regole, così come è avvenuto per altre “nuove” forme di contrattazione»³⁰.

²⁶ M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996, p. 3 ss., secondo cui «l'espressione “contratto predisposto” non vuole indicare un'intesa tra le parti di una futura ed eventuale convenzione, ma un modo particolare di giungere alla conclusione del contratto, modo provvisto di regole proprie e di un proprio ambito di applicazione. Nel contratto predisposto si esprime un potere, qui chiamato potere di predisposizione, con il quale il privato mira all'uniformità e alla generalità dei suoi rapporti contrattuali. È potere che appartiene all'autonomia privata, e il cui esercizio trova nella legge limiti e disciplina, particolarmente evidenti nelle condizioni generali di contratti». Osserva G. VERTUCCI, *Contratti on line e profili sulla conclusione del contratto*, in *Annali della facoltà giuridica di Camerino*, che «con particolare riferimento alle condizioni generali *on line*, la loro efficacia è subordinata, in applicazione della regola codicistica, alla conoscibilità della stessa da parte dell'aderente. Dunque nel caso in cui le stesse risultino dalla stessa pagina web contenente le restanti condizioni contrattuali, l'onere del predisponente può dirsi assolto e verserebbe in colpa grave l'aderente che omettesse di prenderne visione».

²⁷ La *Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile*, n. 612.

²⁸ P. PERLINGIERI, *Le nuove tecnologie e il contratto*, in D. Valentino (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2004, p. 11.

²⁹ R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 2553 ss.

³⁰ G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 ss.

Il contratto telematico richiama le forme di negoziazione cc.dd. *point and click*³¹, caratterizzate dal fatto che la volontà vincolante delle parti non è la risultante dello scambio delle relative dichiarazioni, ma la conseguenza della pressione del tasto negoziale virtuale. Da qui una modifica delle modalità di perfezionamento del contratto che incidono sui rapporti di forza fra i contraenti, dovendosi osservare che gran parte del discorso civilistico è costruito sul contratto consensuale³², e sulle categorie, note del codice civile, di proposta, accettazione, rinuncia e revoca³³.

In ordine alla conclusione del contratto telematico v'è chi, con espressione efficace, ha parlato di «scambi senza accordo», caratterizzati dall'assenza di dialogo fra i contraenti³⁴, in uno scenario in cui la parola non si scambia tra le parti, anzi si rifiuta la mediazione della parola. Si avvalora l'idea che il sistema di scambio vada verso una rete di rapporti in cui «l'interagire telematico è, appunto, un “agire” tra due, e non un “pensare”: *reciprocità di un fare, non di un “logos”*»³⁵. L'idea rappresentata dalla tesi degli scambi senza accordo³⁶ sembra richiamare la figura di rapporti giuridicamente rilevanti, dal contenuto analogo a quello dei contratti, che scaturiscono da fatti non negoziali. Nella riflessione irtiana la *res* si pone al centro dello scambio e prende il posto della parola, «la tecnologia non si lascia governare, ma governa e configura il rapporto»³⁷.

Siamo, allora, in una condizione di «*disumanizzazione del contratto*», come replica Oppo³⁸? Per fornire una risposta occorre guardare alla sostanza delle cose e verificare se nella realtà dei contratti telematici le parti pongono in essere atti idonei a fondare una negoziazione, e se

³¹ Espressione coniata da V. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, Rimini, 1989, p. 165 ss. «Nelle forme di negoziazione c.dd. point and click nelle quali la trasmissione di volontà non avviene, sia pure informaticamente, tramite lo scambio di dichiarazioni di volontà, ma tramite la partecipazione ad un complesso meccanismo di formazione nel quale ultimo atto pare essere la pressione del tasto negoziale virtuale», così A.C. NAZZARO, *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, in *Inf. dir.*, 2010, p. 10.

³² Secondo A. TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, in *Sillogi in onore di Giorgio Oppo*, I, *Profili generali*, Padova, 1992, p. 5, «fondamentalmente il contratto visto nella logica di coloro che lo pongono in essere, e come strumento di tutela dei loro interessi, si vede anche nella produzione di un *quid novi* come effetto del reciproco adattamento delle rispettive posizioni soggettive».

³³ A. VALONGO, *La conclusione del contratto mediante esecuzione nella contrattazione informatica*, in *Vita not.*, 2004, p. 1285.

³⁴ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 347 ss.; ID., *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601 ss.

³⁵ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 358.

³⁶ R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2559.

³⁷ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 353.

³⁸ G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, cit., p. 525 ss.

il sito telematico «incorpora un'offerta e interessa solo in quanto incorpori un'offerta, "aperta" a una risposta: non semplici informazioni, nel qual caso ha il senso, al più, di un invito ad offrire»³⁹.

Una risposta generalizzata non può risultare appagante, in quanto «i diversi ambienti digitali e le diverse qualità dei soggetti contraenti possono garantire un rapporto dialogico ed essere idonei a fondare una negoziazione del contenuto dell'accordo che va oltre la scelta dell'utente di accettare o rifiutare la proposta contenuta nel sito *web*»⁴⁰. La peculiarità dell'accordo telematico risiede nell'uso di un mezzo espressivo funzionale al risultato dello scambio, che non si avvale delle parole ma fa ricorso a caratteri o segni convenzionali con cui, tuttavia, si esprime la libertà delle parti di compiere l'atto telematico per realizzare un proprio interesse.

Postulare il declino dell'accordo quale esito di un processo di dissoluzione del rapporto dialettico fra le parti⁴¹, parificando la loro condotta a due separati atti unilaterali, produce conseguenze rilevanti, in quanto solo applicando la disciplina del contratto può essere assicurato al contraente esposto ad offerte ambigue, oscure e capziose, o a condizioni generali occulte, un sistema di tutele adeguate alla realtà della contrattazione.

³⁹ G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, cit., p. 529, che osserva come Irti, invece, fa notare che «da parte, che adotta moduli e formulari, rifiuta e nega il dialogo: non fa e non riceve domande, non dà e non attende risposte: o, meglio, fa un'unica domanda e attende un'unica risposta. Essa ha già esaurito la propria dimensione comunicativa, ma, appunto in un'espressione che consuma e annulla il dialogo. *L'aderire non è un risultato dialogico* ma, – come rivela l'etimo latino – ma soltanto un "rimanere attaccati", un'impossibilità di sciogliersi, un'irreversibilità dell'accaduto».

⁴⁰ R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2559.

⁴¹ Osserva C. CAMARDI, *Gli accordi telematici: un nuovo modello di scambio*, in V. Ricciuto e N. Zorzi (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubb. econ.*, diretto da F. Galgano, XXVII, Padova, 2002, p. 14, che «da modello neutro disponibile ad accogliere le più semplici come le più sofisticate negoziazioni patrimoniali, il contratto delle reti telematiche appare sempre più come un atto governato da una procedura standardizzata irreversibile, decontestualizzato rispetto al tempo e allo spazio. Un atto, non importa bilaterale o combinazione di due atti unilaterali, comunque lontano da quel concetto di negozio che ha fin qui nutrito le riflessioni del civilista e del teorico del diritto». N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 360, indica lo scambio telematico come il momento che segna «il declino dell'accordo – derivante dalla crisi della parola e del dialogo – dissolve il contratto nella combinazione di due atti unilaterali. [...] Le parti dello scambio assumono decisioni che nascono e restano separate: esse non si fondono né disperdono nella sintesi dell'accordo».

Parte della dottrina solleva la questione della possibilità di coniugare la fase delle trattative⁴² con la contrattazione telematica⁴³, in quanto il modello costruito nell'art. 1326 c.c. sulla linea della proposta e dell'accettazione⁴⁴, appare difficilmente in grado di coniugarsi con la categoria dei contratti telematici⁴⁵. Le nuove tecnologie si avvalgono di strategie semplificate, per cui contratto e accordo sono, per dir così, cerchi intersecantisi⁴⁶, posto che il momento essenziale del negozio «non è dato dalla struttura bilaterale e consensuale dell'atto»⁴⁷, ma dalla sua idoneità a dar vita ad un vincolo giuridico quale combinazione di offerta al pubblico e di accettazione.

Appare utile richiamare, in argomento, la concezione originaria romanistica secondo cui «le manifestazioni di volontà di due soggetti del negozio giuridico bilaterale [...] non erano considerate fuse in un solo atto, ma erano considerate come due congrue dichiarazioni distinte, rivolte da un soggetto all'altro, dichiarazioni fra loro corrispondenti»⁴⁸ e convergenti al medesimo scopo.

Lo scenario attuale delinea una realtà dominata dal fenomeno del commercio elettronico, non immaginabile all'epoca della codificazione, ma emerso «solo in seguito ed a cagione dello sviluppo di tecnologie in grado di consentire la comunicazione, e conseguentemente anche la conclusione di affari, a distanza, tra persone lontane, che non si trovano l'una al cospetto dell'altra»⁴⁹.

⁴² Secondo A.C. NAZZARO, *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, cit., p. 14, «spesso il predisponente offre la possibilità di effettuare scelte tra opzioni differenti, scelte guidate telematicamente mediante la compilazione del modulo di adesione. Questo porterebbe a definire “condizioni e preventivi personalizzati»; M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti online tra continuità e innovazione*, in *Dir. inform.*, 2004, p. 805 ss.

⁴³ Sulla configurabilità delle trattative, cfr. F. BRAVO, *Le trattative nei contratti telematici*, in *Contratti*, 2003, p. 739 ss.

⁴⁴ Si vedano le riflessioni, in argomento, di G. VARANESE, *Leonardo Coviello, Gabriele Faggella e la culpa in contrahendo*, in *AFG-Unicam*, 2021, p. 1 ss.

⁴⁵ Soluzione positiva è accolta da M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Dir. inform.*, 2004 p. 805 ss.

⁴⁶ G. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Scritti giuridici vari*, III, rist., Torino, 1926.

⁴⁷ E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, 1, Padova, 1960, p. 68.

⁴⁸ E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1967, p. 143.

⁴⁹ A. MUSIO, *La storia non finita dell'evoluzione del contratto tra novità tecnologiche e conseguenti esigenze di regolazione*, cit., p. 226.

Il mutamento delle tecniche contrattuali di conclusione del contratto telematico⁵⁰ si spiega in quanto lo strumento informatico incide, in modo funzionale, sul processo di formazione dell'accordo⁵¹. Tuttavia, è lecito domandarsi se la manifestazione volitiva dell'utente subisce degli effetti in ragione della scarsa capacità di interazione con il proponente e di incidenza reale sul contenuto del regolamento contrattuale.

Lo sviluppo delle nuove tecnologie ha condotto al sempre più diffuso impiego di macchine intelligenti, dotate dell'attitudine a sostituire l'uomo in quelle attività nelle quali, in passato, l'intervento umano era considerato indispensabile, favorendo una progressiva oggettivazione dei rapporti negoziali, tratto caratteristico della contrattazione telematica⁵².

Le regole sulla formazione del contratto, di cui agli artt. 1326 ss. c.c., sono pur sempre tributarie dell'epoca in cui sono state redatte, in cui prevalente era il paradigma consensuale di formazione del contratto⁵³. In tal senso, non può considerarsi alla medesima stregua degli atti prodromici alla conclusione del contratto⁵⁴, la possibilità offerta dal predisponente all'utente di scegliere fra più opzioni, all'interno del relativo modulo di adesione telematico⁵⁵.

⁵⁰ Si veda, per un quadro generale: A. GEMMA, *L'accordo telematico*, in R. CLARIZIA (a cura di), *I contratti informatici*, in *Tratt. dir. contr.*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2007, p. 237 ss.; S. GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, Napoli, 2000, p. 57 ss.; A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, p. 1 ss.; R. TARRICCO, *Volontà e accordo nella contrattazione telematica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 201; E. RUGGIERO, *Il contratto telematico*, Napoli, 2003, p. 36; G. PERLINGIERI, *Le nuove tecnologie e il contratto*, in D. Valentino (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2004, p. 11.

⁵¹ Secondo A. VALONGO, *La conclusione del contratto mediante esecuzione nella contrattazione informatica*, cit., p. 1285, «il contratto telematico non è caratterizzato da una formazione atipica, in quanto il principio consensualistico non risulta affatto superato. Le dichiarazioni informatiche si inquadrano nelle categorie conosciute dal codice civile (proposta, accettazione, rinuncia, revoca, ecc.) e la loro efficacia è quella propria di questi atti. La novità, dunque, non concerne la sostanza, ma soltanto la forma del negozio giuridico».

⁵² Per A. STAZIO, *Automazione contrattuale e "contratti intelligenti". Gli smart contracts nel diritto comparato*, Torino, 2019, p. 45, «l'accordo appare tuttora elemento essenziale del contratto che si forma attraverso le diverse tecniche apprestate dall'ordinamento, sia pure attraverso tecnologie e dinamiche innovative e con connotati e limiti peculiari».

⁵³ Per AND. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, cit., p. 6, «il contratto standard riduce i tempi normalmente impiegati per la conclusione dell'accordo, abbatta i costi di negoziazione – ciò che si riflette positivamente sul prezzo dei beni negoziati – e, infine, rappresenta senz'altro una puntuale applicazione del più ampio principio di uguaglianza: tutti i clienti sono uguali davanti alle condizioni generali di contratto, così come tutti i cittadini sono uguali dinnanzi alla legge (art. 3 Cost.)».

⁵⁴ Sulla configurabilità delle trattative, cfr. F. BRAVO, *Le trattative nei contratti telematici*, in *Contratti*, 2003, p. 739 ss.

⁵⁵ R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2558.

Ulteriore profilo problematico attiene all'individuazione del momento di perfezionamento del vincolo contrattuale. Sotto il profilo della qualificazione giuridica, l'offerta telematica è stata considerata ora in termini di proposta⁵⁶, ora di invito ad offrire⁵⁷, ma sempre muovendosi nella cornice dell'accordo, anche se vi è chi, prendendo le mosse dall'art. 1333 c.c., costruito in funzione di atto unilaterale di autonomia, colloca l'offerta entro la figura dei negozi unilaterali⁵⁸, affermando l'autosufficienza della predisposizione dichiarativa e materiale che non sia ostacolata dall'oblato⁵⁹.

In guisa analoga al contratto di diritto comune, l'offerta telematica⁶⁰ può assumere la forma dell'invito ad offrire⁶¹, quando la dichiarazione dell'utente integra una proposta, semplice o irrevocabile, che può essere accettata o meno dall'oblato secondo il suo gradimento⁶². Le peculiarità delle contrattazioni telematiche possono integrare un'ipotesi di conclusione del contratto mediante inizio di esecuzione, in cui la condotta dell'oblato è da intendersi come comportamento concludente, ed «il dialogo non solo non è richiesto ma manca nelle ipotesi tipiche dell'art. 1327 (conclusione, “prima della risposta”, con l'esecuzione)»⁶³. L'art. 1327 c.c. costituisce un temperamento ai principi dell'art. 1326 c.c. sulla conclusione del contratto e prevede che, ove la prestazione per richiesta del proponente o per la natura dell'affare o

⁵⁶ G. DE NOVA, *Un contratto di consumo via Internet*, in *Contratti*, 1999, p. 113 ss.

⁵⁷ In guisa chiara già A. CICU, *Gli automi nel diritto privato*, cit., p. 5, secondo cui gli elementi del negozio automatico e nell'esposizione dell'automa «possa vedersi o un invito a fare offerte, o una promessa al pubblico (*Auslobung*) o una vera e propria offerta».

⁵⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 157 ss.

⁵⁹ M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, cit., p. 1 ss.

⁶⁰ Per P. PERLINGIERI, *Le nuove tecnologie e il contratto*, in *Manuale di diritto dell'informatica* a cura di Valentino, Napoli, 2004, p. 25, «sarà compito dell'interprete valutare nel caso concreto se la “trattativa” in questione sia stata fittizia o se, invece, il consumatore abbia scelto, ad es., alla stregua della c.d. imprevedibilità dell'agire, tra una pluralità di soluzioni o clausole possibili, al punto da precludere la possibilità di soluzioni diverse e la negoziabilità di soluzioni contrarie».

⁶¹ T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, cit. p. 120; S. GIOVA, *Qualificazione dell'offerta in Internet: offerta al pubblico o invito ad offrire?*, in S. Sica e P. Stanzone (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, p. 110 ss. «È noto, infatti, che la distinzione tra proposta ed invito ad offrire assume rilievo in merito al procedimento formativo del contratto laddove se la proposta è incompleta viene qualificata come invito ad offrire con l'effetto di invertire la posizione dei contraenti: colui che aderisce all'invito assume la veste di proponente e, pertanto, sarà necessaria una manifestazione di volontà dell'altra parte al fine del perfezionamento», così per A.C. NAZZARO, *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, cit., p. 15.

⁶² R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2562.

⁶³ Per E. DAMIANI, *Note in tema di conclusione del contratto mediante sistemi automatici (spunti per una rilettura della tesi di Antonio Cicu)*, cit., p. 758, la questione circa l'applicabilità dell'art. 1327 al contratto telematico «è molto controversa, ma sembra da ultimo che si sia affermato l'orientamento che ammette l'applicazione di tale procedimento anche al contratto *on line*».

secondo gli usi debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto si intende concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione.

Molto frequente, nella prassi del commercio elettronico, è la manifestazione del consenso mediante la pressione sul tasto negoziale (c.d. *point and click*), a cui si associa la richiesta di invio degli estremi della carta di credito che può assumere una doppia funzione, di accettazione nonché di pagamento⁶⁴. Efficacemente si è parlato di schema di conclusione leggero⁶⁵, anche se occorre domandarsi se l'invio degli estremi identificativi della carta di credito integri effettivamente l'inizio dell'esecuzione di cui all'art. 1327 c.c. Secondo alcuni, la comunicazione dei dati della carta di credito integrerebbe un atto a carattere solutorio⁶⁶ ed esecutivo, mentre altri propendono per una soluzione negativa, in quanto non necessariamente può essere considerato quale inizio dell'esecuzione del contratto l'aver comunicato i dati presenti nella carta di credito⁶⁷. Vi è chi qualifica la conclusione del contratto telematico come una fattispecie a struttura complessa, dove la conclusione dell'accordo costituisce un «fatto che, in combinazione con altri elementi, produrrebbe definitivamente l'effetto dell'acquisto»⁶⁸.

Lo schema più frequente per la conclusione dell'accordo telematico è quello che richiama la figura dell'offerta al pubblico, di cui all'art. 1336 c.c. «Il carattere della completezza e della volontà di vincolarsi dell'agente costituiscono i presupposti, l'esistenza dei quali supportano la soluzione della proposta che, essendo diretta ad una massa indefinita di soggetti, viene qualificata come offerta al pubblico ai sensi dell'art. 1336 c.c.»⁶⁹. Ai fini della validità dello schema dell'offerta al pubblico, occorre che la proposta sia fatta con l'intenzione di

⁶⁴ R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2565, secondo cui l'adiacenza temporale delle fasi formative ed esecutive resta sul piano meramente materiale, così che il pagamento tramite carta di credito e download si collocano nell'area esecutiva. In sostanza, la conclusione del contratto telematico può seguire secondo modalità multiformenti entro un vero e proprio procedimento costituito da fasi ordinate aventi uno stretto collegamento».

⁶⁵ A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, cit., p. 74 ss.

⁶⁶ A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, cit., p. 141 ss.; S. GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, cit., p. 89.

⁶⁷ F. DELFINI, *Contratto telematico e commercio elettronico*, cit., p. 86.

⁶⁸ Una fattispecie complessa in cui «si inserirebbe un contratto che assumerebbe una valenza meramente esterna e che andrebbe qualificato come fatto, cui andrebbero ad aggiungersi gli altri elementi, indispensabili perché si completi in modo compiuto l'iter di conclusione del contratto con accesso al sito», (L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in internet*, Napoli, 2005, p. 140).

⁶⁹ R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2559.

vincolarsi per l'accettazione e sia indifferente per il proponente la persona che accetterà⁷⁰. «Nell'ipotesi di proposta commerciale diretta ad una pluralità indistinta di soggetti, essa può assumere la forma della proposta qualora contenga gli estremi essenziali del contratto da concludere. All'opposto, la proposta può assumere la forma del semplice invito ad offrire quando la dichiarazione non è completa nei requisiti essenziali»⁷¹.

Lo schema codicistico disciplinato dall'art. 1326 c.c. concerne la contrattazione individualizzata tra soggetti determinati. Da ciò discende che solo nel caso di offerta al pubblico, la semplice accettazione dell'offerta porta alla conclusione del contratto, anche se occorre considerare che si tratta, pur sempre, di conclusione del contratto tra soggetti distanti⁷². Ciò implica di coordinare il principio di cognizione, accolto dall'art. 1326 comma 1 c.c., con la regola contenuta nell'art. 1335 c.c. fondata su una presunzione relativa di conoscenza⁷³. «Il procedimento di conclusione del contratto telematico oscilla, insomma, dalla semplice combinazione proposta/accettazione, alla sequenza più complessa invito ad offrire/proposta (con la variante della proposta irrevocabile/accettazione), secondo i concreti interessi perseguiti dai soggetti interessati nel corso del procedimento di formazione contrattuale»⁷⁴.

Sotto il profilo della disciplina, il formante legale (*ex art. 13, comma 1, d.lgs. n. 70/2003*) ha espressamente riconosciuto l'applicabilità all'*e-commerce* delle norme codicistiche in tema di formazione del contratto⁷⁵, onde poter garantire coerenza sistematica e uniformità applicativa alla materia, tenendo conto della peculiarità dei contratti telematici⁷⁶.

⁷⁰ A. CICU, *Gli automi nel diritto privato*, cit., p. 16.

⁷¹ R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2562.

⁷² M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti online tra continuità e innovazione*, cit., p. 826.

⁷³ Secondo R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2563, «nel caso di accordo telematico, [...] l'accordo è concluso nel momento in cui la dichiarazione di accettazione dell'oblato sia pervenuto all'indirizzo elettronico del proponente, il quale ha l'onere di verificare la presenza di e-mail sul proprio computer».

⁷⁴ R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2560.

⁷⁵ In ossequio all'art. 13 comma 1, del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, attuativo della Direttiva 2000/31/CE, gli schemi della conclusione del contratto debbono essere ricondotti entro le regole civilistiche di diritto interno. F. DELFINI, *Il d.lgs. 70/2003 di attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico*, in *Contratti*, 2003, p. 1062 ss. In senso adesivo, A.C. NAZZARO, *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, cit., p. 13, che pur riconoscendo, alla luce del dato legale, l'applicabilità alla contrattazione telematica delle norme del codice civile, fa notare che «il legislatore, tuttavia, non ha affrontato il problema della definizione del momento di perfezionamento dell'accordo».

⁷⁶ R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2660, secondo cui «le norme contenute negli artt. 12 e 13 del d.lg. n. 70 del 2003 risultano importanti per la conclusione del contratto telematico, perché riguardano la fase informativa che precede la stipula del contratto nonché il momento delicato dell'inoltro dell'ordine mediante internet».

4. *Il contratto concluso par voie électronique*

Con l'*ordonnance* 2016-131 del 10 febbraio 2016⁷⁷, di riforma del diritto dei contratti, della disciplina generale e della prova delle obbligazioni, la Francia ammodernava l'edificio codificatorio che, per ben più di due secoli, ha resistito alle temperie del tempo, salvo qualche rara eccezione, fra cui la disciplina del contratto elettronico⁷⁸.

Fra le novità di rilievo spicca l'inserimento della parte dedicata alla formazione del contratto, costruito lungo le direttrici principali elaborate, nel corso del tempo, dal formante giurisprudenziale⁷⁹.

Nel *Code civil* del 1804, come del resto era avvenuto nel nostro codice civile del 1865, la conclusione del contratto non era stata disciplinata. La riforma del 2016⁸⁰ ha colmato la lacuna normativa in tema di formazione del contratto⁸¹, con le disposizioni contenute nella sotto-sezione denominata «*L'offre et l'acceptation*» (artt. 1113-1122), ove viene enfatizzato il legame tra l'accordo, specchio della volontà, («*accord de volonté entre deux ou plusieurs parties*») e gli effetti («*destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations*»)⁸². La nuova normativa

⁷⁷ Disponibile su www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016. La riforma è stata introdotta con *Loi* n. 2018-287. In argomento, *ex multis*, M. MEKKI, *L'ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - le volet droit des contrats: l'art de refaire sans défaire*, in *Dalloz*, 2016, p. 494 ss.; A. BÉNABENT, L. AYNÈS, *Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu général*, in *Dalloz*, 2016, p. 434 ss.; sul contesto e le ragioni della riforma, Y. LEQUETTE, *Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats*, in *Revue des Contrats*, 2015, p. 616 ss.

⁷⁸ Sostenitore convinto della necessità dell'intervento di riforma, D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 432 ss., per cui: «Il diritto francese dei contratti abbisognava quindi di essere riformato in quanto il nostro ambiente è profondamente mutato. Nell'epoca della mondializzazione, della globalizzazione, dell'armonizzazione europea del diritto dei contratti, il nostro codice ed il nostro diritto quali esistono oggi, a causa delle vicissitudini che li investono, costituisce un ostacolo alla circolazione del diritto francese il quale non è più in grado di affrontare con successo la concorrenza dei diritti nonché dei codici europei di cui si sono dotati i Paesi vicini, più moderni e maggiormente innovativi».

⁷⁹ D. DI SABATO, *La formazione dell'accordo nel diritto francese rinnovato*, in *Riv. dir. impr.*, 2019, p. 405 ss.

⁸⁰ La riforma del diritto dei contratti è stata introdotta con la *Loi* n. 2018-287.

⁸¹ D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte?*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1080, secondo cui «va evidenziata la formidabile opera di rinnovamento realizzata, da diversi decenni, dalla Corte di cassazione, che ha davvero trasfigurato il nostro diritto dei contratti. La Corte ha in effetti impresso la sua impronta indelebile su tutte le note della scala contrattuale, e non è solo una fase della vicenda contrattuale quella che ha arricchito. Basti pensare alla disciplina della formazione del contratto».

⁸² L. KLESTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato?*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, p. 1543 ss.; FRANCESCA BENATTI, *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, p. 627 ss.; L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del code civil: l'ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. impr. Eur.*, 2016, p. 311

dedica due articoli alla revoca (*retractation*) della proposta (definita all'art. 1114 *code civil*), mentre l'art. 1115 *code civil* stabilisce che la proposta può essere liberamente revocata fino al momento in cui perviene al destinatario⁸³.

L'apporto fondamentale della giurisprudenza della *Cour de Cassation* in tema di formazione del contratto⁸⁴ si salda con l'idea, che ha animato l'intervento riformatore, fondata sulla necessità di promuovere gli scambi economici garantendone certezza, libertà ed efficienza.

Significativo è l'ingresso della figura del contratto per adesione⁸⁵ con cui si supera il mito della parità fra i contraenti, e si apre alla figura del contratto le cui condizioni generali non sono state negoziate e sono state determinate unilateralmente da parte del predisponente. Così, «la libertà diviene unilaterale ed è confiscata da parte di colui che redige unilateralmente il contratto»⁸⁶.

La comparsa sulla scena giuridica delle nuove tecnologie e del commercio elettronico⁸⁷ ha condotto il formante legale a regolarne la disciplina, adattando il diritto dei contratti alle

⁸³ A.M. BENDETTI e F.P. PATTI, *La revoca della proposta: atto finale? La regola migliore tra storia e comparazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1293 ss.

⁸⁴ D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte?*, cit., p. 10800, secondo cui «essenzialmente saranno le regole che la Corte di cassazione ha creato da diversi decenni a proposito delle trattative, degli obblighi informativi, della proposta, dell'accettazione e del tempo della conclusione del contratto, che acquisiranno presto cittadinanza nel *Code civil*. L'alchimia che trasforma un incontro di volontà in un vincolo contrattuale obbligatorio sarà d'ora innanzi descritta dettagliatamente nel *Code*, al pari di tutte le regole che lo incorniciano, della cui cosa è dato rallegrarsi se si pensa al contenzioso che ingenera questa fase della vicenda contrattuale».

⁸⁵ PH. MALAURIE, L. AYNÉS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, Paris, 2018, p. 267 ss., rivelano che l'*ordonnance* del 10 febbraio 2016 ha introdotto nel *Code civil* la categoria dei contratti per adesione (art. 1110).

⁸⁶ Secondo D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte?*, cit., p. 444, nel contratto per adesione «uno dei contraenti non ha altra scelta che aderire al contratto confezionato dal suo *partner*». F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Paris, 2018, p. 31 ss., con riferimento all'intervento novellatore del *Code civil* sulla conclusione del contratto, osserva che si è passati «du silence de 1804 à la proximité de 2016. Le Code civil de 1804 était resté muet sur le rapprochement (négociation) et la rencontre (accord) des volontés. [...] Le caractère extrêmement détaillé des règles nouvelles invite à se demander s'il n'était pas possible de trouver un juste milieu entre le défaut et l'excès».

⁸⁷ In Francia la direttiva sul commercio elettronico del 2001 è stata attuata con *Loi 21 juin 2004*, e modificata con *ordonnance 16 juin 2005*. Lo sviluppo delle tecniche di comunicazione ha posto la questione del luogo e del momento di formazione del contratto a distanza che, a livello europeo, è stata disciplinata dalla direttiva sul commercio elettronico, a tenore della quale è necessario che il proponente dia notizia all'oblato dell'avvenuta ricezione dell'accettazione, onde assicurare una completa informazione per il destinatario della proposta.

esigenze delle nuove contrattazioni, dapprima con la legge del 2004⁸⁸, modificata successivamente dall'*ordonnance* 16 giugno 2005⁸⁹, disciplina poi trasfusa nella novella del 2016, agli artt. 1125-1127-6 del *code civil*⁹⁰.

In seno alla nuova disciplina introdotta con l'*ordonnance* n. 2016-131, vi è una parte espressamente dedicata al contratto concluso per via elettronica. La sezione si apre con l'art. 1125 *Code civil*⁹¹, a tenore del quale «*la voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des stipulations contractuelles ou des informations sur des biens ou services*».

In particolare, l'art. 1127-1, secondo comma, *code civil* specifica che il proponente si vincola alla proposta inviata per via elettronica, e l'autore dell'offerta è tenuto ad indicare all'oblato le differenti tappe da seguire onde concludere il contratto per via elettronica, nonché i mezzi tecnici che permettano al destinatario dell'offerta, prima della conclusione del contratto, di individuare eventuali errori commessi e di correggerli, informandolo inoltre sulle modalità di archiviazione e di conservazione del testo contrattuale e sulle condizioni di accesso al contratto archiviato⁹².

Il principio del c.d. *double-clic* è consacrato dall'art. 1127-2 *code civil*, a tenore del quale il contratto non si intende validamente concluso se il destinatario dell'offerta non abbia potuto verificare, in modo dettagliato, l'ordine e il prezzo totale, onde poter effettuare eventuali interventi correttivi, in caso di errore, prima di esprimere la sua accettazione definitiva.

⁸⁸ *Loi 4 juin 2004*, denominata «*Loi pour la confiance dans l'économie numérique*».

⁸⁹ *Ordonnance 16 juin 2005* di attuazione della direttiva 8 *juin 2000*, che ha aggiunto gli articoli 1125-1127-6, nell'ottica di garantire la sicurezza del commercio elettronico. A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, Paris, 2019, p. 42, che utilizza la dicotomia *contrat traditionnel* e *contrat électronique*.

⁹⁰ In guisa generale, sulla riforma francese del diritto dei contratti, F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, *Il nuovo diritto francese dei contratti*, Torino, 2021, p. 159, secondo cui «Contrariamente al *Code civil*, che non conteneva alcuna disposizione relativa alla proposta (*offre*) e all'accettazione (*acceptation*) lasciando alla giurisprudenza il compito di elaborare il diritto applicabile, l'*ordonnance* consacra diversi articoli al procedimento di conclusione del contratto».

⁹¹ Art. 1125 *code civil*, «*La voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des stipulations contractuelles ou des informations sur des biens ou services*». Art. 1326 *code civil* «*Les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen*».

⁹² «Peculiare rilievo va dato all'introduzione di specifiche disposizioni dedicate agli obblighi informativi e alle modalità di attuazione in riferimento ai contratti conclusi via internet dagli artt. 1125-1127 *Code civil* le quali riproducono sostanzialmente il contenuto della direttiva sul commercio elettronico senza introdurre novità di rilievo», D. DI SABATO, *La formazione dell'accordo nel diritto francese rinnovato*, cit., p. 422.

Per dare sicurezza alla contrattazione telematica il legislatore francese ha scelto la regola della ricezione. In tal senso, l'art. 1127-2, al. 3 *code civil* precisa che l'ordine e la conferma dell'accettazione della proposta si considerano avvenute dal momento in cui le parti a cui sono indirizzate possono averne conoscenza. Non è più allora il sistema dell'emissione ma quello della ricezione ad essere consacrato⁹³.

Peculiare rilievo va dato all'introduzione di specifiche disposizioni dedicate agli obblighi informativi, in riferimento ai contratti conclusi via *internet*, dagli artt. 1125-1127 *code civil* che, pur se riproducono sostanzialmente i contenuti della direttiva europea sul commercio elettronico, si saldano con i nuovi principi e valori consacrati dall'intervento novellatore che, in tema di formazione dell'accordo, si prefigge l'obiettivo di assicurare la certezza dei traffici giuridici e la serietà delle dichiarazioni negoziali, in una prospettiva di tutela dell'affidamento come limite ragionevole alla pura espressione dell'autonomia.

5. Conclusioni

Nella discussione sulla struttura giuridica degli «scambi di mercato» possono individuarsi due orientamenti: uno che tende alla “oggettivazione” dello scambio, l'altro che cerca di inserirlo nella tradizionale logica consensualistica. La posizione che, nel diritto dei contratti, spetta ai contratti telematici non si può classificare in termini di rapporto di genere a specie, e ciò trova conferma anche nel formante legale che ha statuito l'espressa applicabilità alla contrattazione telematica delle regole generali sul contratto.

«Il contratto conserva pur sempre il suo significato, e la sola ipotesi di una sua scomparsa dai fondamentali rapporti della vita associata avrebbe il significato di rinuncia a considerare la libertà alla base dei rapporti umani. La volontà dei soggetti, che si ritrova a giustificazione e quindi - direttamente o indirettamente - all'origine delle continue trasformazioni dei rapporti, nell'uno e nell'altro polo, ha sempre un suo significato essenziale»⁹⁴. Più che discutere di una riconcettualizzazione del diritto dei contratti, che si adatti all'evoluzione tecnologica, risulta corretto porre il contratto telematico in seno alla disciplina generale dei contratti, adottando una metodologia attenta all'analisi e al confronto strutturale e funzionale tra

⁹³ F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 12^e ed., Paris, 2019, p. 260.

⁹⁴ A. TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, cit., p. 4.

le due fattispecie, e improntata ad una visione sistematica unitaria. La descrizione degli schemi procedurali adoperati e predisposti dagli operatori professionali nel mondo telematico mette, tuttavia, in evidenza un problema generale circa la loro autonomia rispetto agli omologhi disciplinati in sede di diritto comune⁹⁵.

Nel discutere di accordo ancora attuale appare l'insegnamento di Gorla⁹⁶ secondo cui la formazione del contratto è terreno nel quale le norme esprimono scelte che proteggono interessi, ora del proponente, ora dell'oblato, disegnando un equilibrio di «pesi e contrappesi». L'interesse ad un commercio spedito e sicuro è un'esigenza particolarmente avvertita in un mondo, quale quello delle contrattazioni telematiche, ove il rischio di condotte abusive o scorrette può essere particolarmente alto.

La riflessione che si è inteso porre in essere si può compendiare con l'idea che gli scambi telematici non possano considerarsi una fattispecie in cui vi è un *contrahere* senza *consentire*⁹⁷. Rovesciando la prospettiva, nel contratto telematico si ha «un *contrahere* il quale possa risultare o da un *consentire* o da una diversa tecnica di incontro delle due decisioni»⁹⁸.

Il contratto e l'accordo, letti nella dimensione delle nuove tecnologie, avvalorano ancora più l'idea che «il contratto conserva pur sempre il suo significato, e la sola ipotesi di una sua scomparsa dai fondamentali rapporti della vita associata avrebbe il significato di rinuncia a considerare la libertà alla base dei rapporti umani. La volontà dei soggetti, che si ritrova a giustificazione e quindi – direttamente o indirettamente – all'origine delle continue trasformazioni dei rapporti, nell'uno e nell'altro polo, ha sempre un suo significato essenziale»⁹⁹.

Il giurista è chiamato, come ci ricorda Irti¹⁰⁰, a descrivere i fenomeni che, se letti nella dimensione dello scambio telematico, aprono la stura a nuove tecniche conformatrici del

⁹⁵ «La disposizione dell'art. 13 d.lg. n. 70 del 2003 è chiara nell'individuare un legame con la disciplina del contratto in generale allocata nel codice civile», R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, cit., p. 2568.

⁹⁶ G. GORLA, «*Ratio decidendi*», *principio di diritto e «obiter dictum»*. *A proposito di alcune sentenze in tema di revoca dell'offerta contrattuale*, in *Foro it.*, 1965, V, c. 89; ID., *La «logica-illogica» del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 255 ss.

⁹⁷ G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, cit., p. 527, nella replica a Natalino Irti, osserva che «un qualche dialogo, certo non qualificante ma neanche irrilevante e meno che mai “sperpero irrazionale” può esservi anche negli scambi che consideriamo: [...]anche un qualche dialogo con il predisponente i messaggi telematici (non, come pure si è detto, “con il calcolatore”) attraverso richieste (e risposte) informatiche su qualità, prezzi, specie delle merci offerte».

⁹⁸ N. IRTI, «*E' vero, ma ...*» (*Replica a Giorgio Oppo*), cit., p. 277.

⁹⁹ A. TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, cit., p. 4.

¹⁰⁰ N. IRTI, «*E' vero, ma ...*» (*Replica a Giorgio Oppo*), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 273 ss.

rapporto in cui si manifesta un nuovo modo di esercizio dell'autonomia privata ed un modo diverso in cui si conforma la volontà negoziale.

Abstract

La fisionomia del contratto telematico e la sua formazione impongono di valutare l'impatto sul diritto dei contratti e preferire, per ragioni di coerenza sistematica, un'interpretazione del contratto telematico in seno alla disciplina codicistica, al fine di garantire un quadro disciplinare ed applicativo coerente e supportato da una solida base normativa.

Abstract

The nature of the telematic contract and its formation requires evaluating the impact on contract law and preferring, for reasons of systematic coherence, an interpretation on telematic contract the codicistic discipline, in order guarantee a coherent disciplinary and application framework and supported by a solid regulatory basis.

Camerino, dicembre 2021.