



JACOPO ALCINI

Avvocato

## LE FRONTIERE DELLA CONTRATTAZIONE *ON LINE*

SOMMARIO: 1. *Vendite aggressive ed innovazione tecnologica.* – 2. *Il contratto telematico: volontà ed accordo in rete.* – 3. *I contratti preliminari all'esercizio dell'attività commerciale telematica.* – 4. *I contratti pubblicitari su internet ed il contratto di fornitura di software in rete.*

1. – I contratti, principale strumento degli scambi e della circolazione della ricchezza, sono un fattore che costituisce e definisce il mercato inteso tradizionalmente come luogo in cui si scambiano beni e servizi economici. La regolazione dei contratti è dunque un momento decisivo della regolazione del mercato, specialmente quando parti dei contratti sono soggetti protagonisti del mercato stesso: da un lato le imprese, che offrono beni e servizi, dall'altro i consumatori, che domandano beni e servizi<sup>1</sup>. Oggi si parla sempre più spesso di mercato interno europeo<sup>2</sup>, inteso come ordinamento giuridico<sup>3</sup> regolato dal diritto privato comunitario (diritto della società dell'informazione<sup>4</sup> e della conoscenza<sup>5</sup>), cioè quel diritto che regola la produzione (ricerca), l'uso (formazione), il trasferimento (istruzione) e la condivisione (educazione) delle conoscenze piuttosto che la proprietà e il commercio di beni materiali<sup>6</sup>. In sintesi un diritto flessibile e dinamico per un mercato altrettanto dinamico, finalizzato al miglioramento del tenore di vita (artt. 2 e 3 Trattato CEE) delle persone fisiche ed allo sviluppo dell'economia, entro cui i soggetti, i beni e le informazioni circolano liberamente nel rispetto dei diritti umani e dei valori etici. Ed è proprio l'etica, che deve guidare il c. d. uomo d'affari onesto<sup>7</sup> nell'intricato mondo imprenditoriale, ad alimentare *ab*

<sup>1</sup> G. ALPA, *I contratti dei consumatori*, Torino, 1999, p. 476.

<sup>2</sup> A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 165.

<sup>3</sup> Corte di Giustizia, 5 febbraio 1963, C-26/62, in *Racc.*, 1963, p. 3. Corte di Giustizia, 15 luglio 1964, C-6/64, in *Racc.*, 1964, p. 1141. Corte di Giustizia, 18 maggio 1982, C-155/79, in *Racc.*, 1982, p. 1575. Corte di Giustizia, 5 maggio 1982, C-15/81, in *Racc.*, 1982, p. 1409.

<sup>4</sup> «L'informazione rappresenta la traina stessa del mercato interno. Il diritto comunitario ha l'obiettivo costante di assicurare la migliore circolazione possibile delle informazioni riguardanti i soggetti ed i loro rapporti, in modo che il mercato interno funzioni in modo corretto [...] L'informazione, inoltre, è vista come il principale bene del mercato interno». Cfr. A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 167.

<sup>5</sup> «La società della conoscenza consiste in una metafora che include e qualifica le altre metafore giuridiche costituite dal mercato e dalla società dell'informazione». Cfr. A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 170.

<sup>6</sup> T. SEDIARI (a cura di), *Cultura dell'integrazione europea*, Torino, 2005, p. 81 ss.

<sup>7</sup> «Il genio etico-giuridico dei popoli dell'antichità, in specie dei Romani, ha creato il tipo, valevole per ogni tempo, dell'uomo d'affari onesto (bonus vir), ugualmente lontano così dall'egoismo brutale, come dall'ultraterrena ri-

# JUS CIVILE



*origine* la vita economica e giuridica<sup>8</sup> del mercato efficiente. Proprio nel mercato europeo il superamento dell'ostacolo rappresentato dalle distanze spazio-temporali, grazie alla progressiva introduzione dell'informatica ed allo sviluppo delle tecniche negoziali c.d. aggressive, ha consentito alle imprese – che non possono prendere in considerazione le esigenze del singolo, ma sono vincolate a strategie unitarie dalle quali discende necessariamente un'uniformità di condizioni negoziali, stante la molteplicità di rapporti contrattuali cui segue la redazione di schemi già predisposti<sup>9</sup> – di raggiungere la controparte o il consumatore anche in quegli spazi nei quali maggiore è il rischio di una volontà che venga espressa in modo non consapevole, ovvero di raggiungere il potenziale acquirente anche in assenza di un suo bisogno da soddisfare<sup>10</sup>.

Perciò l'autonomia privata di chi compie operazioni nel mercato in modo occasionale (il c.d. contraente debole) risulta sempre più compromessa dal potere di predisposizione esercitato di fatto dalla parte che vi partecipa in modo abituale e professionale (il c. d. contraente forte)<sup>11</sup>. In questo caso, secondo parte della dottrina<sup>12</sup>, l'atto di mera adesione a regole predisposte da altri per la composizione dei conflitti tra domanda e offerta nel mercato non potrebbe essere più considerato quale vera e propria espressione dell'autonomia privata di chi lo compie ed il contratto non si sostanzierebbe più nell'accordo, ma nella combinazione di due atti unilaterali. Secondo altro orientamento<sup>13</sup> invece si tratta solo di una diversa modalità di manifestazione del consenso, ferma restando l'imprescindibilità dell'accordo; questa sembra certo essere la soluzione migliore.

Nell'ambito delle vendite aggressive, tra le quali sono comunemente incluse anche le vendite a distanza, le modalità con cui gli operatori commerciali perseguono l'interesse all'utilizzo di tecniche di distribuzione sempre più efficienti e funzionali alla vendita, espongono il consumatore al rischio di subire forme di distribuzione sorprendenti, che lo inducono a compiere acquisti non all'esito di una valutazione relativa alla reale convenienza dell'affare, ma per effetto della spinta emozionale e suggestiva indotta dalle modalità professionali della vendita<sup>14</sup>. Per questa ragione, all'interesse del fornitore alla massima efficienza del canale distributivo, l'ordinamento

---

nunzia a ogni mira personale». Cfr. A. PALAZZO-I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, voi. II, Padova, 2002, p. 199.

<sup>8</sup> «L'etica degli affari obbedisce alla ricerca dell'interesse generale, tentando di conciliare gli interessi del produttore con quelli del consumatore». Cfr. A. PALAZZO-I. FERRANTI, *op. cit.*, p. 199.

<sup>9</sup> G. CHINE', *La contrattazione standardizzata*, Torino, 2000, p. 493.

<sup>10</sup> C. IURILLI (a cura di), *Manuale di diritto dei consumatori*, Torino, 2005, p. 124.

<sup>11</sup> M. MAGGIOLIO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996, p. 186 ss.

<sup>12</sup> N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.; ID., «È vero, ma...» (replica a Giorgio Oppo), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 273 ss.; ID., *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 1138 ss.; ID., *Lo scambio dei foulards*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601 ss. Orientamento contestato da G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore ed autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 17 ss., G. Oppo, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 1, p. 125 ss.

<sup>13</sup> A. PALAZZO-I. FERRANTI, *op. cit.*, p. 208.

<sup>14</sup> A. JANNARELLI (a cura di), *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, Napoli, 1995, p. 193 ss.

# JUS CIVILE



non contrappone più il solo tradizionale atteggiamento di cautela riguardo ai contenuti delle clausole predisposte da una sola delle parti contraenti (cfr. artt. 1341 e 1342, 1370, nonché artt. 33 ss. Codice del consumo), ma oppone anche una valutazione diffidente nei confronti della stessa manifestazione della volontà di aderire al contratto predisposto, con l'obiettivo di favorire la consapevolezza e la volontarietà dell'atto di adesione del consumatore<sup>15</sup>.

A livello comunitario a tutela del soggetto debole del rapporto sono stati emanati numerosi provvedimenti<sup>16</sup>, i quali, accomunati dall'esigenza di assicurare la trasparenza delle condizioni e del mercato, mirano a garantire la completa informazione circa le clausole del contratto, i meccanismi matematico-economici ad esso sottostanti, il piano complessivo dei vantaggi e degli svantaggi di cui il contratto si fa espressione<sup>17</sup>.

In particolare, per quel che riguarda l'argomento trattato e cioè la disciplina dei contratti a distanza, il quadro di riferimento scaturisce dal combinato disposto tra la direttiva 97/7 sui contratti a distanza con i consumatori e la direttiva 2000/31 sul commercio elettronico, specificando che i contratti telematici (o contratti *on-line* o in rete o elettronici o digitali<sup>18</sup> o virtuali<sup>19</sup>) differiscono dai contratti a distanza conclusi con mezzi tradizionali in quanto solo uno dei contraenti è attivo. Questo ha suscitato problemi sia per le tecniche di pubblicità e di vendita, sia perché la negoziazione e la formazione del contratto è ancora più delicata, a causa della difficoltà di verificare l'effettiva sussistenza delle manifestazioni di volontà dei contraenti. L'intervento di una delle parti infatti consiste di solito in un programma di *computer* preconstituito, l'altra parte consulta delle pagine *web* ed invia dati verso una destinazione spesso ignota, con un sistema di trasmissione di impulsi elettronici dei quali non ha riscontro immediato<sup>20</sup>. Mutuando le categorie romanistiche *genera-species*<sup>21</sup>, possiamo agevolmente concludere che la *species* contratti telematici rientra nel più ampio *genus* dei contratti a distanza. Secondo autorevole dottrina<sup>22</sup> inoltre i contratti telematici costituiscono la *species* del *genus* contratti digitali, cioè i contratti conclusi esclusivamente in forma elettronica<sup>23</sup>.

---

<sup>15</sup> R. CAMEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 349 ss.

<sup>16</sup> A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 136.

<sup>17</sup> G. ALPA, *La "trasparenza" del contratto nei settori bancario, finanziario, assicurativo*, in *Giur. it.*, IV, 2001, p. 411.

<sup>18</sup> A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 445 ss. Anche C. M. BIANCA, *I contratti digitali*, in *Studium iuris*, 1998, p. 1035.

<sup>19</sup> AA.VV., *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, Torino, 2003, p. 97 ss.

<sup>20</sup> A. ZANOBETTI, *Legge applicabile al commercio elettronico: strumenti internazionali e comunitari*, in *Dir. dell'U.E.*, 2000, p. 661.

<sup>21</sup> L. RAGGI, *Il metodo della giurisprudenza romana*, Torino, 2007, p. 196 ss.

<sup>22</sup> A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 445.

<sup>23</sup> «Una volta che si è esposta la definizione di contratto digitale, si rende necessario distinguere tra contratti digitali in senso stretto e contratti digitali in senso ampio facendo riferimento alla prestazione caratteristica del contratto.



La direttiva 97/7 ha trovato attuazione nel nostro ordinamento attraverso il d. lgs. 22 maggio 1999 n. 185 in tema di vendite a distanza, quali forme di negoziazione e conclusione del contratto caratterizzate dalla non contestuale presenza fisica delle parti contrattuali (c. d. contratti *inter absentes*)<sup>24</sup>. Il decreto legislativo trovava applicazione in luogo delle disposizioni del d. lgs. 15 gennaio 1992 n. 50 (di attuazione della direttiva 85/577 in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali), laddove più favorevole al consumatore, in quanto il decreto del 1992, scavalcando la direttiva di attuazione, disciplinava non solo le vendite c. d. *door to door*, ma anche le vendite per corrispondenza o in base ad un catalogo che il consumatore ha modo di consultare senza la presenza dell'operatore commerciale (art. 1 c. 1 lett. d) e le «altre forme speciali di vendita» (art. 9)<sup>25</sup>. Anche in questo caso si può affermare che contratti negoziati fuori dai locali commerciali e contratti a distanza siano due *species* ricomprese nel *genus* vendite aggressive. Ora entrambi i provvedimenti sono armonizzati nell'ambito del d. lgs. 6 ottobre 2005 n. 206 (Codice del consumo) rispettivamente agli artt. 45-49 (contratti negoziati fuori dai locali commerciali), agli artt. 50-61 (contratti a distanza) ed agli artt. 62-67 (disposizioni comuni e diritto di recesso), da ultimo novellato con il d. lgs. 21/2014.

In verità già il Codice di commercio del 1882, al titolo VI *{Delle obbligazioni commerciali in generale}* art. 36<sup>26</sup>, faceva per la prima volta espresso riferimento al contratto bilaterale tra

---

Ne deriva che i contratti digitali in senso stretto sono quei contratti che hanno una prestazione caratteristica eseguita interamente e direttamente tramite il trasferimento elettronico di dati, per esempio la consultazione oppure l'acquisto di un programma software effettuato tramite internet. [...] Chiameremo, invece, contratti digitali in senso ampio tutti quei contratti che, pur essendo stati conclusi elettronicamente, hanno per oggetto la consegna di un bene materiale o che, comunque, non hanno avuto adempimento in forma esclusivamente digitale, come l'acquisto di un libro». Cfr. A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 445 ss.

<sup>24</sup> Cfr. A. PALAZZO-I. FERRANTI, *op. cit.*, p. 241. Cfr. anche G. ALPA, *Contratti a distanza. Prime considerazioni*, in *Contratti*, 1999, p. 848.

<sup>25</sup> Ai sensi dell'art. 9 d. lgs. 50/1992 *{Altre forme speciali di vendita}*: «Le disposizioni del presente decreto si applicano anche ai contratti riguardanti la fornitura di beni o la prestazione di servizi negoziati fuori dai locali commerciali sulla base di offerte effettuate al pubblico tramite mezzo televisivo o altri mezzi audiovisivi, e finalizzate ad una diretta stipulazione del contratto stesso, nonché ai contratti conclusi mediante l'uso di strumenti informatici e telematici. Per i contratti di cui al 1° comma l'informazione sul diritto di cui all'art. 4 deve essere fornita nel corso della presentazione del prodotto o del servizio oggetto del contratto, compatibilmente con le particolari esigenze poste dalle caratteristiche dello strumento impiegato e dalle relative evoluzioni tecnologiche. Per i contratti negoziati sulla base di una offerta effettuata tramite il mezzo televisivo l'informazione deve essere fornita all'inizio e nel corso della trasmissione nella quale sono contenute le offerte. L'informazione di cui all'art. 5 deve essere altresì fornita per iscritto, con le modalità previste dal comma 3° di tale articolo, non oltre il momento in cui viene effettuata la consegna della merce. Il termine per rinvio della comunicazione, indicato nel precedente art. 6, decorre dalla data di ricevimento della merce». Cfr. G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, p. 258 ss.

<sup>26</sup> Art. 36 Codice di commercio 1882: «Il contratto bilaterale tra persone lontane non è perfetto se l'accettazione non giunga a notizia del proponente nel termine da lui stabilito, o nel termine ordinariamente necessario allo scambio della proposta e dell'accettazione, secondo la qualità del contratto e gli usi generali del commercio. Il proponente può ritenere efficace anche un'accettazione giunta in ritardo, purché ne dia immediatamente avviso all'accettante. Qualora poi, il proponente richieda l'esecuzione immediata del contratto ed una preventiva risposta di accettazione non sia domandata, e per la qualità del contratto non sia necessaria secondo gli usi generali del commercio, il contratto è perfetto appena l'altra parte ne abbia impresa l'esecuzione. Sino a che il contratto non è perfetto, la proposta e

## JUS CIVILE



persone lontane, di cui indicava i termini dell'accettazione e della conclusione. Ciò rispondeva all'esigenza di una normativa per tutelare i contratti stipulati con l'uso di mezzi di comunicazione a distanza, come poteva essere la posta, che esigevano una disciplina diversa rispetto a quella tradizionale, ma che certo non poteva costituire una tutela integrale al pari delle disposizioni attuali.

Vi è poi la direttiva 2002/65<sup>27</sup> (attuata in Italia con d. lgs. 19 agosto 2005 n. 190 ed ora inserito nel Codice del consumo nella Sezione *V-bis*) sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, che prevale sulla disciplina generale della contrattazione a distanza (art. 3 dir. 97/7).

La direttiva 97/7 e la direttiva 2002/65 disciplinano numerosi aspetti del rapporto contrattuale con regole analoghe o simili; le differenze risiedono nel fatto che la direttiva 2002/65 si caratterizza per la mancanza della clausola generale di tutela minima: le deroghe a favore del consumatore non sono ammesse se non per espressa previsione. Questa caratteristica può considerarsi manifestazione della necessità di stabilire regole sicure in considerazione della maggiore complessità, valore ed aleatorietà delle operazioni contrattuali. Il consumatore – definito «qualunque persona fisica che, nei contratti a distanza, agisca per fini che non rientrano nel quadro della propria attività commerciale o professionale» (art. 2 lett. d dir. 2002/65) – non può qui ritenersi soggetto debole nel senso più marcato, in quanto capace di assumere l'iniziativa in rete e in un ambito che implica l'assunzione consapevole e volontaria di rischi relativamente elevati, egli è meritevole di protezione in considerazione della complessità e della rischiosità dell'operazione e delle maggiori asimmetrie informative<sup>28</sup>.

Vi è da prendere poi in parziale considerazione anche la direttiva 2005/29 (attuata in Italia con il d. lgs. 2 agosto 2007 n. 146) relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto, il cui art. 15 ha sostituito l'art. 9 della direttiva 97/7 in materia di fornitura non richiesta stabilendo che «gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie per dispensare il consumatore da qualsiasi prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta, fermo restando che l'assenza di risposta non implica consenso» (disposizione recepita nell'art. 61-*quinquies decies* Cod. consumo).

Non sono contratti a distanza e non ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva quelli conclusi tra persone lontane che non fanno ricorso, in maniera sistematica, a tecniche di comunicazione a distanza, non rientranti nell'elenco di cui all'allegato I, né riconducibili alle stesse

---

l'accettazione sono revocabili; ma sebbene la revocazione impedisca la perfezione del contratto, tuttavia se essa giunga a notizia dell'altra parte dopo che questa ne ha impresa l'esecuzione, il revocante è tenuto al risarcimento dei danni. Nei contratti unilaterali le promesse sono obbligatorie appena giungono a notizia della parte di cui sono fatte».

<sup>27</sup> Cfr. Z. ZENCOVICH, *La direttiva sui servizi finanziari a distanza resi al risparmiatore*, in *Nuova piar. civ. comm.*, 2002, II, p. 515.

<sup>28</sup> M. GLURGOLA, *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari: l'epilogo di una lunga attesa*, in *Le Società*, 2002, p. 103.

## JUS CIVILE



sulla base di un procedimento analogico. Obiettivo della direttiva è quello di dettare una disciplina unitaria circa gli obblighi dei fornitori ed i diritti del consumatore in tale particolare modalità di conclusione del contratto. Dall'art. 2 si evince che la direttiva detta regole per quelle fattispecie in cui le trattative e la conclusione del contratto stesso avvengano nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza e siano organizzate dal fornitore con l'impiego di una o più tecniche di comunicazione a distanza, salve le esclusioni di cui all'art. 3 c. 1. Momento centrale della trattativa è la conclusione del contratto tra fornitore e consumatore realizzata con una tecnica di comunicazione a distanza, e cioè con qualunque mezzo che consenta la conclusione di un contratto tra queste parti senza la presenza fisica e simultanea del fornitore e del consumatore (Considerando 9 e art. 2 c. 4) e senza che il consumatore possa in concreto visionare il bene o prendere conoscenza della natura del servizio prima della conclusione del contratto (Considerando 14). La direttiva detta anche dei limiti all'impiego di talune tecniche di comunicazione a distanza, consentendo una qualificazione in termini di liceità o illiceità, a seconda dei casi, dell'attività del fornitore, volta alla conclusione di contratti a distanza (artt. 9 e 10). Da ultimo è intervenuto il d. lgs. 21/2014<sup>29</sup>, di attuazione della direttiva 2011/83/UE (che ha abrogato ed unificato le direttive 85/577/CEE e 97/7/CEE e modificato le direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE).

Il contratto *on-line* può essere predisposto attraverso varie tipologie di procedimenti tra le quali le più ricorrenti sono:

- *scambio di proposta e accettazione*<sup>30</sup> *per posta elettronica;*
- *conclusione tramite point and click, che sarebbe un'ipotesi di accettazione per comportamento concludente;*
- *conclusione del contratto per mezzo dell'inizio dell'esecuzione (art. 1327 c.c.), che si ha nel caso in cui l'operatore commerciale richiede per la negoziazione il numero della carta di credito dell'acquirente per il pagamento e l'invio del numero integra l'ipotesi di inizio dell'esecuzione; offerta al pubblico (art 1336 c. c.) sul sito web, che si concretizza quando il sito contiene tutti gli elementi essenziali della proposta contrattuale, indirizzata ad una categoria indeterminata di soggetti;*
- *invito a proporre, cioè dichiarazione che non contiene tutti i requisiti della proposta che il fornitore rivolge all'acquirente per invitarlo a formulare una proposta che, a sua volta, il fornitore è libero di accettare o no*<sup>31</sup>.

Accanto alla disciplina dettata dal Codice del consumo è opportuno poi collocare la disciplina del d. lgs. 5 marzo 2005 n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale, aggiornato con d. lgs. 4 aprile 2006 n. 159), che oltre a regolare la disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione,

---

<sup>29</sup> Per una analisi completa si rinvia a A. M. GAMBINO – G. NAVA (a cura di), *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d. lgs. 21/2014*, Torino, Giappichelli, 2014.

<sup>30</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 98 ss.

<sup>31</sup> G. CASSANO (a cura di), *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, Milano, 2003, p. 265.

## JUS CIVILE



la conservazione e la fruibilità dell'informazione in forma digitale tra P.A. e privati, disciplina ed uso del documento informatico<sup>32</sup>, le firme elettroniche<sup>33</sup> ed i pagamenti informatici<sup>34</sup> tra privati (art. 2 c. 3 del Codice e art. 3 d. p. r. 28 dicembre 2000 n. 445). Secondo l'art. 1 lett. p) del Codice dell'amministrazione digitale il documento informatico è «la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti». Come ogni altro documento anche il documento informatico è una cosa che rappresenta un fatto diverso dalla sua mera esistenza e tramite la quale è dato pronunciare il giudizio di esistenza di quel fatto<sup>35</sup>. Si distingue dagli altri documenti per la qualità dei segni che reca impressi su di sé. Pur essendo stati confezionati su supporti materiali di varia natura (ad esempio *floppy disk*, *cd*, *dvd* ecc.), la caratteristica essenziale di ogni documento informatico è che la rappresentazione in esso contenuta è resa per il tramite del c.d. linguaggio binario, cioè tramite sequenze significative variamente composte dall'alternanza di due soli simboli, o meglio dalla presenza o assenza di un segnale (positivo e negativo, zero e uno, bianco e nero, luce e buio, sì e no ecc.).

*Internet* in questi termini si è rivelato uno strumento in grado di enfatizzare la capacità dell'operatore virtuale di acquisire informazioni ed effettuare transazioni in misura notevolmente superiore rispetto al mercato reale<sup>36</sup>, ma ciò non toglie che ha aumentato anche la componente di inconsapevolezza o di non sufficiente ponderatezza in merito alla convenienza dell'affare che il contraente debole mira a concludere<sup>37</sup>.

L'ambiente di *internet* è il *cyberspace*, cioè un spazio senza territorio, non governato da un'autorità centrale né da un soggetto investito di poteri di governo<sup>38</sup>. La nascita di una tale complessità e, soprattutto, dell'interrelazione tra il virtuale ed il reale, sta inducendo tutti gli operatori interessati ad interrogarsi e a valutare la necessità di regole e norme. Questa è una problematica dibattuta, tra chi si è occupato di *internet* come fenomeno giuridico globale, per decidere se sia opportuno ricorrere a principi ed istituti giuridici tradizionali del mondo fisico o se convenga affrontare *ex novo* il mondo virtuale<sup>39</sup>. Tale problematica si intreccia con quella dell'ordinamento giuridico applicabile e della capacità di ciascun ordinamento di trovare effettiva ed efficace applicazione<sup>40</sup>. I sostenitori della seconda tesi invocano per *internet* un ordinamento originale e nuovo rispetto agli altri (la c. d. *lex electronica*), richiamando il fenomeno di

---

<sup>32</sup> A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 437 ss.

<sup>33</sup> A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 438 ss.

<sup>34</sup> A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 125.

<sup>35</sup> S. PATTI, *Prova documentale*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, art. 2699-2720, Bologna-Roma, 1996, p. 4 ss.

<sup>36</sup> S. SICA – P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2001, p. 78.

<sup>37</sup> C. IURILLI (a cura di), *op. cit.*, p. 145.

<sup>38</sup> R. NANNUCCI (a cura di), *Lineamenti di informatica giuridica*, Napoli, 2002, p. 523 ss.

<sup>39</sup> P. COSTANZO, *Aspetti problematici del regime giuspubblicistico di internet*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1996, p. 831 ss.

<sup>40</sup> T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998, p. 37 ss.

## JUS CIVILE



formazione spontanea del diritto nel settore del commercio, del trasporto, del credito e della finanza internazionali allo scopo di assicurare la certezza del diritto mediante la creazione di una disciplina uniforme, al di fuori di qualsiasi ordinamento giuridico statale<sup>41</sup>. Ma tale fenomeno non è idoneo a regolare tutti i contratti in rete, poiché, al pari della *lex mercatoria*<sup>42</sup>, queste regole potranno valere solo per coloro che hanno partecipato alla loro formazione, escludendo i contratti telematici conclusi tra soggetti che non appartengono alla società dell'informazione. In realtà si dovrebbe privilegiare una ipotesi intermedia, in base alla quale adattare gli strumenti tradizionali e reali al contesto virtuale<sup>43</sup>. La cultura giuridica di scuola anglosassone, da questo punto di vista, è più facilitata nel recepire dalla vita quotidiana elementi da sussumere poi nel mondo giuridico attraverso la c.d. *rule of law*<sup>44</sup>. Il giurista di *Civil Law*, figlio della cultura greco-romana (e, soprattutto, per la nostra matrice codicistica più recente, francese) deve, altresì, compiere un altro sforzo per rimodellare vecchi istituti alla nuova realtà. Sforzo, che passa prima dall'analisi delle esperienze maturate nel sistema di *Common Law* e poi, dopo averli filtrati nel nostro sistema codicistico, interpretarli alla luce degli istituti esistenti fino a spingersi (forrendo indicazioni al legislatore) a crearne dei nuovi che meglio consentono, alle nuove realtà giuridiche, di integrarsi negli ordinamenti esistenti<sup>45</sup>. Oltre a questo, bisogna rilevare nuovi importanti cambiamenti nei rapporti tra i protagonisti del mercato ed un profondo ripensamento della figura stessa del consumatore e degli strumenti legislativi approntati per la tutela dei suoi interessi. La categoria consumatore ha assunto negli ultimi anni rilievo nei settori più disparati, comportando inevitabilmente un'influenza sul tipo legale di volta in volta utilizzato, tanto che la dottrina ha sottolineato come nell'ordinamento italiano si è assistito ad una vera e propria stratificazione di definizioni giuridiche specifiche, ciascuna riferita al campo di applicazione del singolo intervento normativo<sup>46</sup>. La giurisprudenza, la normativa nazionale e comunitaria, pur prendendo esplicitamente in considerazione il problema della tutela del consumatore nella società dell'informazione si pongono nel solco della tradizione per quanto concerne la nozione di consumatore, il quale è definito come «da persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta» (art. 3 lett. a Codice del consumo)<sup>161</sup>. La Corte Costituzionale<sup>47</sup>, la giurisprudenza comunitaria, sempre più

---

<sup>41</sup> G. CONETTI, *Il diritto applicabile al contratto internazionale*, in *Studium iuris*, 1999, p. 1072 ss.

<sup>42</sup> La *lex mercatoria* è un sistema di norme e regole di tipo consuetudinario, nate in forma spontanea tra gli appartenenti a determinati settori commerciali (ad esempio nel settore del credito, dei trasporti di merci o persone, delle assicurazioni ecc.). finalizzato alla regolamentazione di rapporti contrattuali ed extracontrattuali aventi elementi di internazionalità. Cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993, p. 215.

<sup>43</sup> F. GALGANO, *La giurisprudenza nella società post-industriale*, in *Contr. impr.*, 1989, p. 357 ss.

<sup>44</sup> V. VARANO-V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, voi. I, Torino, 2006, p. 274 ss.

<sup>45</sup> GIULIANI-A. PALAZZO-I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, Torino, 1996, p. 54, p. 61 e p. 66.

<sup>46</sup> M. ATELLI (a cura di), *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza*, Torino, 2001, p. 73.

<sup>47</sup> Corte Cost., 22 novembre 2002, n. 469. in *Foro it.*, 2003, I, p. 332. In precedenza sulla nozione di consumatore:



# JUS CIVILE



incisiva nell'influenzare le riflessioni di ogni interprete del diritto<sup>48</sup>, e la dottrina<sup>49</sup>, decidendo ai fini dell'applicabilità su materie non attinenti alla disciplina in oggetto ma comunque ad esse correlate, hanno ribadito che:

- *la qualità di consumatore può essere rivestita solo da una persona fisica, dovendosi escludere la sua estensibilità alle persone giuridiche*<sup>50</sup>;
- *è consumatore il soggetto che acquista un bene o un servizio da utilizzare nell'ambito della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, purché non rientri nel quadro di tale attività la conclusione di contratti dello stesso genere di quello stipulato. Infatti al fine di stabilire se il contraente abbia agito «per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta», occorre verificare se la conclusione di tale contratto sia o non sia un atto della professione di chi acquista il bene o il servizio, come lo è per la sua controparte*<sup>51</sup>;
- *lo status di consumatore è occasionale, non permanente, perché l'avvicendamento degli status dipende dal tipo di relazione che i privati istituiscono tra loro e dal ruolo che nella relazione essi intendono svolgere*<sup>52</sup>;
- *ai fini dell'assunzione della veste di consumatore rileva, non già il non possesso, da parte della persona fisica che ha contrattato con un operatore, della qualifica, ma lo scopo avuto di mira dall'agente nel momento in cui ha concluso il contratto*<sup>53</sup>.

Laddove un tempo si muoveva quel consumatore, antagonista debole del professionista, oggi si pone il cyber-consumatore che, a differenza del suo antesignano, le indagini e le ricerche di mercato ritraggono come una persona di cultura medio – alta, con un reddito piuttosto elevato ed una discreta padronanza degli strumenti informatici e telematici, che utilizza *internet* per ricercare informazioni commerciali, per confrontare prezzi e servizi e per acquisire offerte di imprenditori e professionisti telematici<sup>54</sup>. E proprio *internet* si presta a costruire il mercato e la società del futuro, uno spazio in cui gli utenti potranno essere non solo cyber-consumatori, ma anche e soprattutto cyber-cittadini<sup>55</sup>.

## 2. – Per contratto concluso tramite *computer* si intende quello delegato al *computer*, median-

---

Cass., 25 luglio 2001, n. 10127, in *Contratti*, 2002, p. 341; Trib. Roma, 28 ottobre 2000, in *Contratti*, 2001, p. 44.

<sup>48</sup> A. SASSI, *Equità integrativa e squilibri negoziali (il caso dei contratti usurari)*, in *Dir. e proc.*, 2002, p. 335 ss.

<sup>49</sup> A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 58 ss. e p. 185 ss.

<sup>50</sup> Corte di Giustizia, 22 novembre 2001, C-542/99, in *Guida dir.*, 2001, p. 105.

<sup>51</sup> Trib. Roma, 20 ottobre 1999, in *Foro it.*, I, 2000, p. 645.

<sup>52</sup> Corte di Giustizia, 3 luglio 1997, C-269/95, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 13 ss.

<sup>53</sup> Corte di Giustizia, 17 luglio 1998, C-45/96, in *Foro it.*, 1999, IV, p. 129.

<sup>54</sup> G. CASSANO (a cura di), *cit.*, p. 35.

<sup>55</sup> A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 76 ss.

## JUS CIVILE



te una serie di istruzioni condizionate (c.d. programma applicativo inserito in precedenza dal titolare dell'elaboratore), la scelta sia del contraente sia delle condizioni alle quali concludere il contratto. Se è vero che il *computer* è in grado di discernere le circostanze del caso concreto e di decidere in base ad esse, è pur vero che la dichiarazione di volontà emessa dall'elaboratore rimane pur sempre un atto giuridico umano, in virtù delle istruzioni ricevute<sup>56</sup>. Il primo problema che pone la dichiarazione trasmessa mediante elaboratore è quella riguardante la possibilità di imputare la manifestazione di volontà ad un determinato soggetto. Nel caso in cui il *computer* venga utilizzato come mero strumento di trasmissione si dovrà individuare il soggetto che lo usa; qualora invece si consideri la possibilità per un elaboratore elettronico di concludere autonomamente un contratto, si deve individuare il soggetto cui attribuire la manifestazione di volontà. In entrambi i casi però è necessario identificare il terminale dal quale il messaggio è stato inviato<sup>57</sup>. Individuato l'elaboratore occorre identificare la persona fisica che ha dato l'*input*. Il collegamento può essere disposto oltre che dal proprietario dell'elaboratore da un operatore appositamente autorizzato che, però, non è il titolare della dichiarazione contrattuale inviata attraverso il *computer*. Secondo parte della dottrina l'operatore è un mero esecutore degli ordini ricevuti, sia che introduca dati nell'elaboratore, sia che proceda alla semplice trasmissione dei messaggi elaborati<sup>58</sup>. La fattispecie si può inquadrare nella figura della rappresentanza diretta (art. 1388 c.c.)<sup>59</sup>. L'operatore (rappresentante) che stipula in nome e per conto del dichiarante (rappresentato) è parte in senso materiale, mentre parte in senso sostanziale è il rappresentato, il quale assume la titolarità del rapporto contrattuale. L'operatore non assume la titolarità del rapporto contrattuale, né è destinatario di alcuno degli effetti del contratto e non è responsabile della sua esecuzione. A carico dell'operatore sussiste l'obbligo legale di esercitare la rappresentanza nell'interesse del dichiarante. Infatti, nel caso in cui l'operatore, agendo sotto nome altrui, invia per mezzo dell'elaboratore una proposta contrattuale senza esservi stato autorizzato, è ritenuto «responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto» (art. 1398 c. c.). L'imputabilità della dichiarazione trasmessa per mezzo dell'elaboratore si presenta più problematica nel caso in cui due *computer*, dotati di un apposito programma, concludano autonomamente un contratto. Si tratta di verificare se ed in che termini l'elaboratore sia dotato effettivamente di autonomia operativa e possa agire in rap-

<sup>56</sup> R. BORRUSO, *Computer e diritto. Problemi giuridici dell'informatica*, voi. II, Milano, 1988, p. 253.

<sup>57</sup> S. SICA, *La riservatezza nelle telecomunicazioni: l'identificazione del chiamante nell'esperienza inglese e nella prospettiva comunitaria e italiana*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1997, II, p. 109.

<sup>58</sup> Nella sostanza una figura analoga a quella dell'ambasceria o del *nuncius*, nel senso che egli «agirebbe coiné un ausiliario di colui che appare dichiarante ed è, quindi, consequenziale che gli effetti della dichiarazione incidano direttamente nella sfera giuridica di quest'ultimo». Cfr. R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, cit., p. 59. In senso opposto A. PALAZZO-A. Sassi (a cura di), *op. cit.*, p. 450: «[...] vi è stato chi ha affermato che il computer da semplice *nuncius* diverrebbe alter ego del dominus sia pure limitatamente al principio dell'imputazione al dominus degli atti compiuti dal computer».

<sup>59</sup> G. PIAZZA, *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*, Napoli, 1968, p. 183.

## JUS CIVILE



presentanza delle singole parti. Se il programma inserito nell'elaboratore si possa configurare come una vera e propria procura rilasciata dal dichiarante, entro i cui limiti il *cow/w/er-rappresentante* può sostituirsi nell'attività giuridica del soggetto cui appartiene. Nessun profilo soggettivo può però essere riferito agli elaboratori, poiché il legislatore prevede che il rappresentante sia dotato di capacità di intendere e di volere (art. 1389 c.c.), da rilevanza agli stati soggettivi di buona o di mala fede, di scienza o di ignoranza di determinate circostanze (art. 1391 c. c.), ne prevede la possibilità di insorgenza di conflitti di interesse con il rappresentato (art. 1394 c.c.), finanche a considerarlo dotato di autonomia patrimoniale e da ritenerlo responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto (art. 1398 c. c.)<sup>60</sup>. Si deve escludere che l'elaboratore possa agire in qualità di *nuncius*, poiché deve essere dotato di capacità giuridica<sup>61</sup>. La dichiarazione di volontà può ricondursi al programmatore che, inserendo dati ed istruzioni ben precisi sulle modalità di conclusione del contratto, ha determinato i criteri di funzionamento dell'elaboratore e fa propri gli effetti dell'atto così formatosi<sup>62</sup>. Sotto questo profilo, il dichiarante e l'oblato, anche se non partecipano direttamente alla formazione del contratto, attraverso il programma inserito nei rispettivi *computer*, esprimono la loro volontà potenziale ed il loro orientamento<sup>63</sup>. L'utilizzazione dell'elaboratore quale mezzo di trasmissione della propria dichiarazione di volontà consente di evitare errori e di prevenire la possibilità di dichiarazioni viziate da violenza o da dolo<sup>64</sup>. Perché l'errore possa ritenersi causa di annullamento del contratto (art. 1428 c. c.), deve essere essenziale<sup>65</sup> (art. 1429 c. c.) e riconoscibile (art. 1431 c. c.)<sup>66</sup>. Nella fattispecie considerata rileva il carattere della riconoscibilità con riguardo al particolare strumento di trasmissione usato. Infatti l'oblato ricevendo la dichiarazione viziosa da errore attraverso il suo elaboratore, può facilmente riscontrare la presenza di errori di calcolo (art. 1430 c. c.), errori nella dichiarazione o nella sua

---

<sup>60</sup> S. MAGNI-M. S. SPOLIDORO, *La responsabilità degli operatori in internet: profili interni e internazionali*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1997, p. 61.

<sup>61</sup> R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, cit., p. 26.

<sup>62</sup> P. Di GIOVANNI, *Il contratto concluso mediante computer alla luce della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980*, in *Dir. comm. int.*, 1993, p. 581.

<sup>63</sup> «Di certo non possiamo parlare di rappresentanza in senso tecnico, in quanto non esistono due soggetti con due volontà distinte, ma non sembra trascurabile il fatto che la volontà del *computer*, se pure è la stessa del *dominus* per quanto riguarda l'origine, è, invece, sua, cioè del *computer* stesso, quanto al modo e al tempo in cui concretamente si manifesta; in alcuni casi tale volontà potrebbe apparire non prevedibile anche per lo stesso programmatore». Cfr. A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 450.

<sup>64</sup> A. M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, p. 220.

<sup>65</sup> Quando cioè assume per il contraente un'importanza determinante secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze. Cfr. A. TRABUCCHI, voce *Errore*, in *Nss. dig. it.*, vol. VI, Torino, 1968, p. 665.

<sup>66</sup> Oltre alle ipotesi previste nell'art. 1431 c.c.. Terrore, come causa di annullabilità del contratto, si ritiene riconoscibile anche quando la sussistenza della inesatta percezione della realtà non è nota alla controparte, qualora questa avrebbe potuto conoscerla usando la normale diligenza. Cfr. Cass., 30 marzo 1979 n. 1843, in *Foro it.*, 1979, 1, p. 1910.

## JUS CIVILE



trasmissione (art. 1433 c. c.)<sup>67</sup>. Nel caso in cui però, nonostante l'ausilio dell'elaboratore, l'oblato abbia aderito ad una dichiarazione viziata da errore, questi ne può chiedere l'annullamento, a meno che, «prima che ad essa possa derivarne pregiudizio, l'altra offre di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che quella intendeva concludere» (art. 1432 c.c.). La lesione della libertà negoziale è altresì riscontrabile nel caso in cui sia un terzo, con la connivenza o meno del dichiarante, ad indurre il contraente in errore. Con riferimento a questa particolare circostanza Terrore può rilevare, anche se non si tratti di errore influente sulla conclusione del contratto, ma solo di errore incidente sul contenuto dello stesso. La violenza è causa di annullamento del contratto quando si concretizza nella minaccia di un male ingiusto e notevole diretta alla parte contraente, ai suoi beni o ai suoi familiari (art. 1436 c. c.), ovvero nella minaccia di esercitare un diritto per conseguire un vantaggio ingiusto (art. 1438 c. c.)<sup>68</sup>. Elemento essenziale perché possano esserci gli estremi della violenza è che il male sia minacciato al contraente e non nei confronti del programmatore che deve trasmettere la dichiarazione di volontà. Infatti, nel caso in cui si venisse a profilare una situazione di questo genere, la violenza esercitata sul programmatore, non inficia il consenso prestato spontaneamente dal contraente. Nel caso in cui un terzo, estraneo al rapporto contrattuale, esercitasse violenza sul programmatore al fine di far pervenire all'oblato una dichiarazione diversa da quella che il predisponente gli aveva ordinato di trasmettere, può accadere che la violenza sia esercitata sul programmatore da un terzo ad insaputa della controparte che si vede pervenire l'accettazione dell'oblato ad una dichiarazione da lui non inviata. In tale circostanza, sia l'oblato sia il dichiarante possono far valere la causa d'invalidità che inficia il contratto. L'oblato infatti può impugnare il contratto viziato ai sensi dell'art. 1434 c.c. e ritenere responsabile il terzo autore della violenza, ma può anche limitarsi a chiedere il risarcimento del danno rappresentato dalle deteriori condizioni alle quali ha dovuto soggiacere<sup>69</sup>. La dichiarazione trasmessa a mezzo di elaboratore può risultare viziata da dolo, cioè da qualsiasi forma di raggirò che altera la volontà contrattuale della vittima<sup>70</sup>. Il dolo è causa di invalidità del contratto (c.d. dolo vizio) e dà diritto ad ottenere il risarcimento dei danni quando i raggiri usati da uno dei contraenti siano stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato (art. 1439 c. 1 c.c.). L'elaboratore può costituire un mezzo per ingannare la controparte e per far sì che questa presti il proprio consenso ad un regolamento contrattuale diverso da quello che avrebbe voluto sottoscrivere. Quando la parte si avvalga di un incaricato per raggirare la controparte il contratto sarà annullabile ai sensi

---

<sup>67</sup> «[...] il programmatore è incorso in un errore di battitura mentre digitava le istruzioni per la macchina, ovvero la macchina stessa ha commesso un errore nel trasmettere i dati (errore ostativo), in tal caso troverà applicazione l'art. 1433 c.c.». Cfr. A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 452.

<sup>68</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *Teoria del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, p. 386.

<sup>69</sup> C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 178.

<sup>70</sup> C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 624.

## JUS CIVILE



dell'art. 1439 c. 2 c.c. e sussisterà responsabilità solidale in capo alla controparte e al terzo<sup>71</sup>. Se il contraente non è a conoscenza dei raggiri macchinati dall'incaricato il contratto non è annullabile. L'incaricato è comunque responsabile per aver leso la libertà contrattuale della vittima e dovrà risarcire il danno (*ex artt.* 1337 e 1338 c.c.) nella misura dell'interesse della vittima a non stipulare il contratto. E precisamente dovrà risarcire la controparte del danno che avrebbe potuto evitare, se il dolo è stato determinante per la conclusione del contratto, o delle migliori condizioni che avrebbe potuto ottenere (dolo incidente *ex art.* 1440 c.c.). La dichiarazione di volontà è emessa, mediante elaboratore, in forma elettronica, in quanto veicolata da impulsi elettronici e non tradotta su un supporto cartaceo. Tale caratteristica pone il problema se la volontà negoziale del dichiarante possa considerarsi già vincolante nel momento stesso in cui è inserita nel programma, ovvero quando è riprodotta su uno stampato<sup>72</sup>. La dottrina giunge ad affermare l'idoneità della forma elettronica ad attribuire la paternità e l'autenticità del documento al titolare del meccanismo di firma. Tale posizione dottrinale trova giustificazione talvolta in una fiducia nell'affidabilità dello strumento tecnologico; altre volte nei principi di autoresponsabilità e tutela dell'affidamento, che informano l'intera disciplina contrattuale<sup>73</sup>. Si tratta di principi riconducibili al rispetto della buona fede negoziale e si pongono quali strumenti di certezza dei rapporti giuridico-economici<sup>74</sup>. Anche qualora la firma elettronica venga apposta da persona diversa dal titolare, senza il consenso di questi, la prevalente dottrina ritiene imputabile la dichiarazione al *dominus* della relativa chiave di cifratura<sup>75</sup>. Anche volendo considerare che l'adozione di una procedura di sottoscrizione elettronica sia idonea a risolvere il problema dell'imputazione delle dichiarazioni contrattuali telematiche, non può sottacersi che il fenomeno delle firme elettroniche investe una ristrettissima porzione delle migliaia di negoziazioni *online*. In particolare tale fenomeno è pressoché inesistente nella contrattazione *business to consumer*, la limitata rilevanza economica delle operazioni commerciali in cui si sostanzia tale contrattazione non giustifica la sopportazione da parte del consumatore degli elevati costi per l'adozione degli strumenti di firma digitale. Per quanto riguarda il criterio di imputazione da adottare, una parte della dottrina ritiene possibile far ricadere le conseguenze giuridiche della dichiarazione in capo al titolare del *computer* da cui la stessa risulti provenire; così anche se nella dichiarazione neppure venga speso il nome del titolare e per il solo fatto che questa provenga da uno strumento di cui questi ha il controllo<sup>76</sup>. A fronte di questa posizione si pone altra dottri-

---

<sup>71</sup> «[...] il programma è stato volontariamente manomesso in modo da commettere errori; la manomissione potrà essere stata compiuta da uno dei componenti (art. 1349, 1° comma c.c.), oppure da un terzo, ma essere stata sfruttata a proprio vantaggio da uno dei contraenti (art. 1439, 2° comma), in tal caso troveranno applicazione gli artt. 1439-1440 c.c.». Cfr. A. Palazzo-A. Sassi (a cura di), *op. cit.*, p. 452. Cfr. anche C.M. Bianca, *op. cit.*, p. 178.

<sup>72</sup> E. TOSI, *I problemi giuridici di internet*, Milano, 1999, p. 117.

<sup>73</sup> AA.VV., *Manuale di commercio elettronico*, cit., p. 253.

<sup>74</sup> V. ROPPO, *op. cit.*, p. 38 ss.

<sup>75</sup> E. TOSI, *I problemi giuridici di internet*, cit., p. 32 ss.

<sup>76</sup> «Nel caso in cui non si utilizza la firma digitale, l'imputazione della dichiarazione trova fondamento nel princi-



na che imputa la dichiarazione telematica al titolare del *computer* solo ove sia stato speso il nome di questi e solo se sussistano ulteriori elementi oggettivi tali da fondare l'autoresponsabilità del titolare, nonché il legittimo affidamento di chi abbia ricevuto la dichiarazione<sup>77</sup>. La ricerca di un logico criterio di imputazione delle dichiarazioni telematiche si carica di ulteriori aspetti problematici qualora il *computer* sia utilizzato non quale strumento di trasmissione di una volontà già compiutamente perfezionatasi, bensì quale strumento idoneo ad incidere direttamente nel processo di formazione della volontà<sup>78</sup>; si tratta delle ipotesi di contrattazione cibernetica<sup>79</sup>. Il *computer*, in quanto dotato di uno specifico programma applicativo di intelligenza artificiale<sup>80</sup>, diviene in grado di decidere, senza alcun ulteriore intervento umano, se, quando e a quali condizioni contrarre, procedendo quindi a trasmettere alla controparte la relativa dichiarazione contrattuale. La volontà per produrre effetti giuridici non può essere generica, ma deve riguardare tutti gli elementi dell'atto cui si riferisce. Ci si chiede se possa dirsi corretto imputare al programmatore una volontà che è tale solo in potenza, traducendosi in volontà determinata solo a fronte dell'elaborazione compiuta dalla macchina. Se la volontà del programmatore non implica l'attuale conoscenza del contenuto e dello specifico oggetto dei contratti che saranno in seguito stipulati dal *computer*, tuttavia essa contiene la completa valutazione e predeterminazione degli elementi che, al verificarsi di determinate condizioni obiettivamente rilevabili, condizioneranno il contenuto e l'oggetto di detti contratti<sup>81</sup>. Può accadere che, quantunque il programma non contenga errori logici, né si sia verificato alcun malfunzionamento meccanico nell'elaborazione o nella trasmissione dei dati, la dichiarazione emessa non corrisponda a quanto avrebbe dichia-

---

pio di autoresponsabilità: il custode dell'apparecchio tecnologico ne sopporta la responsabilità perché se ne giova come strumento di ampliamento della propria sfera giuridica». Cfr. G. De NOVA, *Un contratto di consumo in internet*, in *Contratti*, 1999, p. 113. «Il problema della imputazione della volontà dichiarata deve trovare soluzione avendo presenti l'affidamento della controparte, e le esigenze di oggettività che il negozio nella sua interezza deve soddisfare, facendo ricorso, in sostanza, al criterio dell'interpretazione del contratto secondo buona

<sup>77</sup> «Il problema della imputazione della volontà dichiarata deve trovare soluzione avendo presenti l'affidamento della controparte, e le esigenze di oggettività che il negozio nella sua interezza deve soddisfare, facendo ricorso, in sostanza, al criterio dell'interpretazione del contratto secondo buona fede». Cfr. R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, cit., p. 29.

<sup>78</sup> L. SFORZA, *Formazione del consenso e strumenti informatici*, in *Contratti*, 1997, p. 98.

<sup>79</sup> «[...] in questi ultimi il *computer* integra e sostituisce l'operatore umano che si limita a stabilire a priori, utilizzando un programma in grado di dotare la macchina di un'intelligenza artificiale, come il *computer* dovrà comportarsi nelle varie circostanze che si possono verificare». Cfr. A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 447.

<sup>80</sup> «Il termine intelligenza artificiale viene utilizzato per indicare la capacità di un programma di ricreare all'interno di un *computer* alcuni dei processi mentali tipici dell'uomo, dotando la macchina di una capacità di ragionamento. È attualmente molto diffusa l'intelligenza artificiale basata sulla logica *fuzzy*, o logica sfumata, la cui caratteristica è quella di rendere il comportamento del *computer* non lineare, capace di adattarsi alle più svariate situazioni, prendendo in esame le varie opportunità offerte, introducendo una certa dose di casualità». Cfr. A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 448.

<sup>81</sup> «La volontà contenuta nel programma può considerarsi alla stregua di una volontà condizionata al verificarsi di determinati eventi oggettivamente predeterminati. Nulla di indeterminato viene lasciato, e quindi la volontà, anche se condizionata da numerose variabili, contiene *in nuce* tutti gli elementi necessari alla sua esistenza». Cfr. F. PARISI, *Il contratto concluso mediante computer*, Padova, 1987, p. 21.

## JUS CIVILE



rato il programmatore, ricorrendo le medesime circostanze. Gli algoritmi di cui viene dotato il *computer*, essendo finalizzati a fare della macchina un autonomo operatore nel mondo giuridico-economico, sono necessariamente molto complessi, ma soprattutto non lineari; a ciò consegue un certo grado di imprevedibilità circa il risultato dell'elaborazione della dichiarazione cibernetica<sup>82</sup>. Se, nell'ipotesi di contratto cibernetico, si verifichi una divergenza tra quanto dichiarato dal *computer* e quanto avrebbe dichiarato il programmatore, è ancora corretto imputare a quest'ultimo gli effetti giuridici della dichiarazione?

Vi sono in merito due posizioni: una che riconosce nel computer gli elementi essenziali per assimilarlo, almeno per taluni aspetti, in via analogica, alla figura del rappresentante<sup>83</sup>; l'altra che, negando qualsiasi possibilità di assimilazione del computer a figure di sostituzione nell'attività giuridica, ritiene l'elaboratore un mero strumento meccanico, sebbene dotato di caratteristiche peculiari, tali da distinguerlo da ogni altra macchina<sup>84</sup>. La dottrina che assimila analogicamente il computer al rappresentante<sup>85</sup>, ritiene applicabile la disciplina codicistica sulla rappresentanza (in particolare l'art. 1390 c.c.). Quando il computer-rappresentante elabora la volontà potenziale del programmatore, elabora elementi predeterminati dal rappresentato; dovrebbe quindi trovare applicazione la seconda parte dell'art. 1390 c.c. L'analisi si sposta all'indagine sulla rilevanza dell'eventuale errore che abbia colpito il procedimento di formazione della volontà potenziale del programmatore. Le ipotesi sono due: o si ritiene che nessun errore abbia inficiato la volontà del programmatore, e quindi che da nessun errore sia affetto il programma; oppure si ritiene viziata da errore la volontà del programmatore, e quindi il programma; in tal caso troverà applicazione la disciplina in materia di errore-vizio, che dispone l'essenzialità e riconoscibilità dell'errore quali necessari presupposti per far valere il vizio come causa di annullamento del contratto<sup>86</sup>. La valutazione della riconoscibilità dell'errore non potrà prescindere dall'applicazione dei principi di autoreponsabilità e legittimo affidamento di controparte; pertanto il programmatore risulterà vincolato alla dichiarazione tutte le volte in cui questa non sia tanto difforme dal voluto da apparire viziata. Coloro che ritengono che nessun

---

<sup>82</sup> «L'elaboratore esprime una volontà che è sì del *dominus* quanto alla genesi, ma è sua quanto al modo e tempo in cui si manifesta, tanto da non essere sempre prevedibile neppure da parte di chi lo ha programmato». Cfr. R. BORRUSO, *op. cit.*, p. 396.

<sup>83</sup> R. BORRUSO, *op. cit.*, p. 395 ss.

<sup>84</sup> R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, cit., p. 212 ss.

<sup>85</sup> «L'unica soluzione possibile sembra debba essere ravvisata nell'estensione per analogia della disciplina dell'errore commesso dal rappresentante e quindi, in base al rinvio effettuato dall'articolo 1390 c.c., della disciplina dell'errore in generale. Una volta compiuta questa operazione, sarà agevole applicare alle varie fattispecie di contratto digitale, le disposizioni codicistiche con cui presentano le maggiori affinità: *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*». Cfr. A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 451.

<sup>86</sup> «A tale proposito, la Corte di cassazione ha affermato che, nei contratti conclusi dal rappresentante, sia nell'ipotesi di rappresentanza volontaria, sia in quella di rappresentanza legale, occorre avere riguardo per i vizi della volontà che rendono annullabile il negozio, agli stati soggettivi del rappresentante e non a quelli del rappresentato». Cfr. A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 450. Cfr. anche V. ROPPO, *op. cit.*, p. 453.

# JUS CIVILE



profilo soggettivo possa, neppure per fictio iuris ed in via analogica, essere attribuito al computer, risolvono il problema applicando, direttamente e senza ulteriori indagini, i principi di auto-responsabilità e legittimo affidamento. Questa seconda posizione si basa sulla considerazione per cui chi decida di servirsi delle potenzialità cibernetiche del computer, fiducioso dei vantaggi che potrà conseguire in termini di volume di scambi e riduzione dei costi di transazione, deve essere consapevole dei rischi insiti in tale utilizzo dello strumento informatico; in particolare è tenuto a conoscere il rischio che venga immessa nel circuito economico una dichiarazione difforme dalle proprie aspettative<sup>87</sup>. Anche nell'ipotesi della contrattazione cibernetica risulta così il chiaro intento dell'interprete di attribuire il massimo rilievo ai principi di autoresponsabilità ed affidamento incolpevole<sup>88</sup>, sintetizzati nel concetto di apparenza imputabile<sup>89</sup>, quali criteri di imputazione giuridica delle dichiarazioni contrattuali involontarie; la ratio sottesa è principalmente la volontà di favorire la rapida e sicura circolazione giuridica, presupposti necessari allo sviluppo efficiente del mercato. Nelle ipotesi di contratto concluso da un interdetto o da un inabilitato, non sembra che l'aver veicolato la dichiarazione contrattuale per via telematica comporti alcuna conseguenza di rilievo nell'applicazione dell'art.1425 c. 1 c.c.; il contratto sarà pertanto annullabile. Tale soluzione è ineccepibile in caso di contrattazione telematica mediante scambio di e-mail\ tale tipo di contrattazione telematica è equiparabile a qualsiasi altra forma di contrattazione a distanza: la trattativa intercorre pur sempre tra due interlocutori umani e come tale è percepita dagli stessi. Non c'è alcun onere aggiuntivo per il contraente rispetto a quello di controllare, con l'ordinaria diligenza, che il dichiarante sia dotato della capacità legale di agire. Nel caso di contrattazione telematica mediante point & click, dove la macchina si comporta come un automa<sup>90</sup>, non può trovare applicazione la disciplina sull'annullamento per difetto di capacità del contraente. Ciò è giustificato da taluni elementi caratterizzanti tale tipo di contrattazione: la materiale impossibilità per la macchina distributrice di verificare la capacità legale dell'accettante, la difficoltà di risalire con certezza all'identità del contraente, nonché il modesto valore economico dei beni distribuiti con tali mezzi. Quest'ultimo elemento induce a privare

---

<sup>87</sup> R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, cit., p. 37 ss.

<sup>88</sup> E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova, 1997, p. 259 ss.

<sup>89</sup> «Il fenomeno dell'apparenza del diritto si ha quando, ad una situazione di fatto apparente, non corrispondente a quella che costituisce il sostrato materiale di una fattispecie giuridica, si accompagna il convincimento di terzi, derivante da buona fede o errore scusabile, e come tale immune da colpa, che lo stato di fatto apparente rispecchi la realtà giuridica, si da indurre a regolare la loro condotta nella sfera del diritto facendo ragionevole affidamento nella situazione non vera». Cfr. Cass., 14 luglio 1967, n. 1773, in *Rep. Foro it.*, 1966, p. 47. Cass., 17 maggio 1966, n. 1257, in *Rep. Foro it.*, 1966, p. 48.

184

<sup>90</sup> «L'automata è un meccanismo per cui si effettua l'esecuzione di una prestazione. L'atto e la prestazione sono indicali all'esterno dell'apparecchio. Il primo consiste nell'introduzione di una moneta (iactus pecuniae) attraverso un'apertura praticamente all'esterno dell'apparecchio. La seconda assume aspetti diversi secondo le applicazioni sempre crescenti in cui l'ingegno umano può utilizzare un tale meccanismo». Cfr. A. CICU, *Gli automi nel diritto privato*, in *II Filangeri*, 1901, p. 561.



## JUS CIVILE



l'incapace della protezione legale consistente nella possibilità di ottenere l'annullamento del contratto, in quanto, a fronte di tale perdita, l'incapace si vede riconosciuto il beneficio di compiere liberamente i c.d. atti della vita quotidiana, necessari allo sviluppo della propria personalità ed alla gestione della propria vita di relazione<sup>91</sup>. La contrattazione per point & click è assimilabile al contratto per automatico solo per taluni aspetti materiali. Tale forma di contrattazione difetta di quegli elementi che giustificano l'esonazione dei contratti automatici dal regime legale delle incapacità: ben può accadere che abbia ad oggetto la vendita di beni o la prestazione di servizi tutt'altro che di modico valore economico; è sempre possibile accettare l'identità del contraente, ma soprattutto il computer che riceve la dichiarazione contrattuale può essere messo in grado di accertare o informare il dominus dell'onere di accertare la capacità legale del dichiarante. La rigidità dell'art. 1425 c. 1 c.c., per cui è annullabile ogni contratto stipulato da persona legalmente incapace, è attenuata, in ipotesi di contratto stipulato da minore, da quanto dispone l'art. 1426 c.c., in base al quale il contratto del minore non è annullabile qualora questi abbia con raggiri occultato la sua minore età, precisando che non integra raggiro la semplice dichiarazione di essere maggiorenne. La ratio della norma va ricercata nel fatto che il minore è tutelato dal rischio di rimanere vincolato ai propri contratti non in ragione di un difetto della propria sfera psico-fisica, bensì in ragione di una semplice presunzione di immaturità; tale presunzione viene meno qualora il minore, attraverso la macchinazione atta ad occultare la minore età, dimostri di essere tutt'altro che ingenuo ed immaturo. Inoltre il raggiro posto in essere dal minore rileva nelle ipotesi in cui crei una situazione di apparenza tale da ingenerare nella controparte un affidamento sulla regolarità del contratto, superabile solo con un'attività di accertamento qualificata, esorbitante il limite dell'ordinaria diligenza<sup>92</sup>. La dottrina ritiene privo di tutela specifica il contraente telematico affetto da incapacità naturale; infatti l'utilizzazione dello strumento telematico, soprattutto quando richieda di seguire attentamente una procedura standard, ingenererebbe nel ricevente il legittimo affidamento circa la capacità di intendere e volere del dichiarante<sup>93</sup>. La proposta contrattuale, indipendentemente dallo strumento utilizzato per formarla e trasmetterla, può essere definita come la dichiarazione unilaterale di volontà con cui un soggetto manifesta ad uno o più soggetti la propria volontà attuale a concludere un determinato contratto<sup>94</sup>. La proposta, a differenza di un mero invito a proporre, deve soddisfare il requisito della completezza; deve cioè contenere tutti gli elementi del futuro contratto, necessari e sufficienti perché questo si possa concludere secondo uno degli schemi legali di conclusione dell'accordo, in forza della sola condotta commissiva (accettazione espressa o tacita) od omissiva dell'oblato, senza che il proponente debba compiere alcuna ulteriore attività negoziale<sup>95</sup>. Qualora si tratti di

---

<sup>91</sup> V. ROPPO, *op. cit.*, p. 777.

<sup>92</sup> V. ROPPO, *op. cit.*, p. 770.

<sup>93</sup> R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, cit., p. 161.

<sup>94</sup> V. ROPPO, *op. cit.*, p. 101.

<sup>95</sup> C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 218 ss.

## JUS CIVILE



proposta individualizzata, trasmessa mediante messaggio di posta elettronica, troverà applicazione l'art. 1335 c.c.; pertanto gli effetti della proposta decorreranno dal momento in cui questa giunga all'indirizzo dell'oblatore, ovvero dal successivo momento in cui questi venga a conoscenza della proposta, qualora dimostri di essersi trovato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia fino a quel momento. Potrebbe accadere che il predisponente il sito si sia preoccupato di manifestare in modo inequivoco il termine iniziale di validità della proposta, o indicando in via generale la data in cui il sito ha subito l'ultimo aggiornamento<sup>96</sup>, o provvedendo specificamente per ogni proposta; in tal caso la proposta contrattuale è manifestazione di autonomia negoziale, fa pertanto fede quanto dichiarato dal proponente. Non sempre però il titolare del sito manifesta una simile accortezza, si pone allora la questione se ritenere la proposta decorrente dal momento della sua messa in rete o dal diverso momento in cui l'oblatore ha preso conoscenza della proposta. Se si accoglie l'impostazione dottrinale che vede nell'offerta al pubblico una dichiarazione non ricettizia<sup>97</sup>, dovrà senza dubbio concludersi che l'offerta pubblicata in un sito web produce i suoi effetti dal momento stesso in cui viene emessa<sup>98</sup>. Sembrerebbe però che si possa giungere ad analoga soluzione anche accogliendo l'opposto orientamento dottrinale che afferma la ricettizietà dell'offerta al pubblico<sup>99</sup>. La pubblicazione dell'offerta in rete soddisferebbe pienamente il requisito della conoscibilità della proposta da parte dei destinatari, conformemente a quanto richiesto dall'art. 1335 c.c. quale condizione di efficacia per le dichiarazioni ricettizie<sup>100</sup>; in altri termini, si avrebbe un'altra forma di ricettizietà, consistente nel porre in essere un'adeguata pubblicità. La proposta contrattuale può essere individualizzata, ossia indirizzata ad uno o più destinatari determinati; ma può anche assumere la forma dell'offerta al pubblico di cui all'art. 1336 c.c. L'elemento discriminante tra l'offerta al pubblico e la proposta individualizzata va ricercato nel fatto che il proponente si rivolge ad una platea di destinatari in modo non individuale, ma collettivo, utilizzando un mezzo di comunicazione di massa, piuttosto che nel fatto che i destinatari siano molti o pochi ovvero che essi siano o meno conosciuti dal proponente<sup>101</sup>. La proposta contrattuale veicolata mediante posta elettronica, non essendo anno-

---

<sup>96</sup> C. SARZANA DI SANT'IPPOLITO-F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *Profili giuridici del commercio via internet*, Milano, 1999, p. 82.

<sup>97</sup> C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 221 ss.

<sup>98</sup> C. SARZANA DI SANT'IPPOLITO-F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *op. cit.*, p. 82.

<sup>99</sup> F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, 1961, p. 858.

<sup>100</sup> «Al di là delle diverse opinioni sulla nozione di ricettizietà, è però importante individuare il momento a partire dal quale l'offerta è perfezionata se da quando è resa pubblica o da quando giunge a conoscenza dei singoli. La soluzione più corretta sembra nel senso che il perfezionamento dell'offerta al pubblico coincide con il momento in cui viene resa pubblica, altrimenti si annulla la differenza con il regime comune: pare corretto ritenerla perfezionata con la pubblicazione, momento intermedio tra l'espressione e la recezione, cioè con l'essere resa adeguatamente conoscibile nella cerchia di soggetti di cui si vuole provocare l'accettazione. L'inserimento su *internet* configura senz'altro detta adeguatezza, salvi messaggi limitativi che l'accompagnino». Cfr. L. ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers e sull'accettazione di un'offerta in internet*, in *Giust. civ.*, 1997, p. 46.

<sup>101</sup> V. ROPPO, *op. cit.*, p. 111.

## JUS CIVILE



verabile tra i mezzi di comunicazione di massa, non può mai essere considerata offerta al pubblico, anche nelle ipotesi in cui la medesima proposta sia stata inviata ad un numero molto elevato di destinatari assolutamente sconosciuti al proponente. Qualora un sito contenga la dettagliata descrizione di determinati prodotti o servizi, il richiamo alle condizioni generali di contratto, nonché l'indicazione dell'attività richiesta all'utente per la conclusione del contratto, non dovrebbe dubitarsi del fatto che ci si trovi innanzi ad un'offerta al pubblico, ricorrendo l'ipotesi di una proposta, destinata ad una pluralità di soggetti mediante un mezzo di comunicazione di massa<sup>102</sup>. Altra parte della dottrina rileva invece come la fattispecie in esame andrebbe ascritta al novero delle proposte individualizzate. Si tratterebbe delle ipotesi in cui la stessa presentazione dei prodotti o servizi al visitatore del sito sia condizionata ad una preliminare identificazione personale dell'utente (la registrazione al sito). La soddisfazione di tale procedura identificativa renderebbe noto e determinato il destinatario della successiva proposta; da ciò conseguirebbe la qualificazione di proposta individualizzata<sup>103</sup>. In ogni caso l'identificare se una proposta contrattuale sia individualizzata o se integri la fattispecie dell'offerta al pubblico non ha grande rilevanza pratica, stante la sostanziale omogeneità delle discipline dettate dal Codice per le due fattispecie. È invece essenziale distinguere l'offerta al pubblico che, costituendo proposta contrattuale, espone l'offerente al rischio del vincolo contrattuale, dall'invito a proporre che, comportando il sorgere di una mera trattativa, espone il dichiarante al solo rischio di incorrere in una responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. L'art. 1336 c. 1 c.c. si limita a disporre che «l'offerta al pubblico, quando contiene gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta, vale come proposta, salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi»; sulla base di tale norma e sulla base della definizione generale di proposta fornita in precedenza, si evince che: l'offerta al pubblico costituisce proposta e non mero invito a proporre, se è completa, ossia contiene gli elementi essenziali del contratto ed è inequivoca, manifesta cioè chiaramente la volontà di contrarre del proponente, volontà da valutarsi alla luce delle circostanze e degli usi<sup>104</sup>. Il requisito della completezza, essendo suscettibile di valutazione oggettiva, non pone particolari problemi; altrettanto non può dirsi per il requisito della non equivocità. In particolare la dottrina ha sempre dibattuto della qualificazione giuridica più corretta per l'ipotesi della esposizione di merce in vetrina<sup>105</sup>, ove il requisito della completezza sia soddisfatto dall'indicazione del prezzo. Nelle ipotesi in cui le concrete modalità di predisposizione del sito facciano ragionevolmente pensare di trovarci di fronte ad un distributore automatico o ad un catalogo elettronico, sarà pacifica la qualificazione della fattispecie come offerta al pubblico.

---

<sup>102</sup> G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 113.

<sup>103</sup> AA.VV., *Manuale di commercio elettronico*, cit., p. 254 ss.

<sup>104</sup> «L'offerta al pubblico deve manifestare, sia pure tacitamente, la volontà attuale del proponente di concludere il contratto e deve essere completa, deve cioè contenere gli estremi essenziali del contratto». Cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 251.

<sup>105</sup> C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 252.

## JUS CIVILE



Quanto all'ipotesi del catalogo elettronico, è da notare come vi sia chi ritenga configurabile come tale anche il sito che presenti dei beni o servizi\_ senza indicarne immediatamente il prezzo, ritenendo sufficiente che sia chiara l'intenzione di contrarre e che il prezzo sia facilmente reperibile altrimenti sul web (ad esempio mediante link ad altra pagina elettronica; in tal caso infatti l'attività ulteriore richiesta all'utente di ricerca del prezzo del bene sarebbe assimilabile alla consultazione del tradizionale catalogo cartaceo)<sup>106</sup>. Qualora invece il sito sia effettivamente assimilabile ad una vetrina elettronica, difettando delle caratteristiche che lo riconducano ad una delle altre più qualificate fattispecie, si ripropone il dibattito tradizionale circa la configurabilità dell'offerta al pubblico mediante esposizione della merce<sup>107</sup>. Qualora sia stato appurato che le dichiarazioni che compaiono in un determinato sito integrino offerta al pubblico, resta da accertare cosa accada nell'ipotesi in cui le accettazioni superino le disponibilità di magazzino. La dottrina ritiene applicabile la teoria tradizionale<sup>108</sup> che dispone la prevalenza del criterio temporale: il contratto sarà concluso con colui che per primo avrà inviato l'accettazione elettronica<sup>109</sup>. Le regole per la revoca della proposte contrattuali sono poste dall'art. 1328 c. 1 c.c., che detta la disciplina generale, nonché dall'art. 1336 c. 2 c.c., che dispone in ordine alla revoca dell'offerta al pubblico, qualora questa sia posta in essere nella stessa forma dell'offerta o in forma equipollente. In merito all'art. 1336 c. 2 c.c. non si pongono particolari problemi interpretativi essendo assolutamente inequivoca la lettera della norma nell'affermare la natura non recettizia della particolare revoca su cui dispone. È solo da sottolineare che, nel caso di offerta al pubblico contenuta in un sito internet, è opinione comune che l'eventuale revoca ex art. 1336 c. 2 c.c. debba essere egualmente fatta a mezzo internet; la peculiarità del medium utilizzato infatti, stante la sua diffusione planetaria, impedisce di rinvenire forme ad esso equivalenti<sup>110</sup>. In relazione all'art. 1328 c. 1 c.c. invece pane della dottrina<sup>111</sup> e la giurisprudenza<sup>112</sup> ritengono che la revoca della proposta si debba qualificare come atto non recettizio, in deroga all'art. 1334 c. c. Viene ritenuta efficace la revoca che sia emessa prima della conclusione del contratto, ossia prima che l'accettazione sia giunta all'indirizzo del proponente, indipendentemente dal momento in cui giunga all'indirizzo dell'oblato. Altra parte della dottrina<sup>113</sup> e la più recente giurisprudenza<sup>114</sup> affermano il carattere recettizio della revoca della proposta, fondando la propria tesi sull'espresso disposto dell'art. 1335 c.c., nonché sulla opportunità di interpretare una norma

---

<sup>106</sup> G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 113.

<sup>107</sup> E. TOSI, I problemi giuridici di internet, *cit.*, p. 34.

<sup>108</sup> A. DI MAJO, voce *Offerta al pubblico*, in *Enc. dir.*, voi. XXIX, 1979, p. 762.

<sup>109</sup> A. M. GAMBINO, *Offerta e accettazione nel contratto telematico internazionale*, in *Vita not.*, 1998, p. 1267.

<sup>110</sup> E. TOSI, *op. cit.*, p. 36.

<sup>111</sup> V. ROPPO, *op. cit.*, p. 153.

<sup>112</sup> App. Milano, 21 marzo 1995, in *Giur. it.*, 1995,1, p. 800.

<sup>113</sup> C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 236 ss.

<sup>114</sup> Cass., 16 maggio 2000, n. 6323, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001,1, p. 372.

## JUS CIVILE



piuttosto equivoca e generica quale l'art. 1328 c. 1 c.c. in senso conforme al sistema, di cui l'art. 1334 c.c. costituisce elemento essenziale. Secondo quest'ultimo orientamento, la revoca è efficace solo in quanto giunga all'indirizzo dell'oblato prima che l'accettazione di questi sia giunta all'indirizzo del proponente. La contrattazione telematica riduce significativamente la portata di tale problema interpretativo: l'immediatezza della trasmissione telematica delle dichiarazioni negoziali infatti, elimina sostanzialmente lo scarto temporale intercorrente tra il momento di emissione della revoca della proposta ed il momento in cui questa giunge all'indirizzo elettronico dell'oblato. In altri termini, l'immediatezza con cui viaggiano le comunicazioni telematiche, combinata con la presunzione di conoscibilità di cui all'art. 1335 c.c., è una seria minaccia per l'intero regime di efficacia degli atti unilaterali, in quanto fondato sulla ricettività attenuata di cui agli artt. 1334, 1335 c.c.; il principio codicistico della cognizione– conoscibilità rischia, nella contrattazione telematica, di cedere sostanzialmente il campo all'opposto principio dell'emissione L'oblato ha a disposizione diversi mezzi per incontrare, con la propria accettazione, la volontà contrattuale dichiarata dal proponente; uno di questi, il meno comune nella pratica telematica, consiste nell'invio di una e-mail all'indirizzo elettronico del proponente, indicato a tal fine da questi. Ricorrendo tale ipotesi, l'accettazione, in quanto tempestiva e conforme alla proposta<sup>115</sup>, determina la conclusione del contratto secondo lo schema generale di cui agli artt. 1326, 1334, 1335 c.c.: il contratto è concluso nel momento e nel luogo in cui l'accettazione è giunta all'indirizzo elettronico del proponente, salvo che questi dimostri di essersi trovato nell'incalcolabile impossibilità di averne notizia. Non può infatti dubitarsi dell'applicabilità dell'art. 1335 c.c. alla fattispecie in esame; essendo pienamente compatibile la nozione di indirizzo elettronico con l'ampia definizione di indirizzo accolta da dottrina e giurisprudenza ed essendo incontrovertibile l'irrelevanza del particolare strumento di comunicazione adottato<sup>116</sup>. Ad ulteriore suffragio di quanto detto depone lo stesso dato testuale dell'art. 14 d. p. r. 445/2000, per cui «il documento informatico trasmesso per via telematica si intende inviato e pervenuto al destinatario se trasmesso all'indirizzo elettronico da questi dichiarato». Ciò determina la necessità di chiarire se per indirizzo elettronico debba intendersi il luogo in cui si trova il server, ovvero il luogo in cui si trova il computer dell'utente al momento in cui su di esso viene scaricato il messaggio. Nel primo caso il contratto dovrà ritenersi concluso nel tempo in cui il messaggio contenente l'accettazione giunge al server del proponente e nel luogo in cui detto server fisicamente si tro-

<sup>115</sup> V. ROPPO, *CIT.*, p. 106 ss.

<sup>116</sup> Per indirizzo, cui inviare le dichiarazioni unilaterali ex artt. 1334, 1335 c.c., si intende «il luogo ricompreso in concreto nella sfera di controllo del destinatario, quale risulta da un criterio di collegamento ordinario (dimora o domicilio) o di normale frequenza (luogo di esercizio dell'attività lavorativa), ovvero dalla stessa indicazione del destinatario». Cfr. V. ROPPO, *op. cit.*, p. 104; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 223; Cass. 9 settembre 1978, n. 4083, in *Giust. civ.*, 1978, p. 1377; Cass., 30 marzo 1992, n. 3908, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 345. In senso conforme anche l'art. 24 della Convenzione di Vienna 1980, sulla vendita internazionale di beni mobili, per cui: «Una proposta, una accettazione o qualsiasi altra manifestazione di volontà giunge al destinatario quando gli è rivolta verbalmente o è consegnata, con qualsiasi mezzo, a lui personalmente, presso la sede d'affari o al suo recapito postale o, in mancanza, presso la sua dimora abituale».



va; nel secondo caso, il contratto dovrà ritenersi concluso nel tempo e nel luogo in cui il messaggio contenente l'accettazione sia stato scaricato sul proprio computer dal proponente. Sia la prima soluzione che la seconda sono astrattamente compatibili con il disposto dell'art. 1335 c.c.: in entrambe le ipotesi si prescinde dal fatto che il destinatario abbia avuto effettiva conoscenza del messaggio, rilevando la sola conoscibilità dello stesso. Non esistono norme che specifichino se adottare l'una piuttosto che l'altra soluzione: l'art. 22 lett. h) del d. p. r. 445/2000 definisce l'indirizzo elettronico quale «identificatore di una risorsa fisica o logica in grado di ricevere e registrare documenti informatici»; ebbene è pacifico che tanto il server quanto il computer dell'utente soddisfino i requisiti di tale definizione. L'art. 11 par. 1 lett. b) della direttiva 31/2000/CE precisa che «l'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti cui sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi»; entrambe le soluzioni prospettate non implicano la conoscenza del messaggio, bensì la sua mera conoscibilità, ossia la possibilità di accedervi. L'orientamento dominante è nel senso di individuare l'indirizzo elettronico nel server piuttosto che nel computer del destinatario<sup>117</sup>, nonostante vi siano in materia orientamenti di segno opposto<sup>118</sup>. Secondo altra dottrina, ai contratti conclusi mediante l'invio di una e-mail si applica tanto l'indirizzo elettronico, inteso come server del provider del proponente, quanto l'indirizzo tradizionale: applicando il primo per determinare il momento di conclusione del contratto; applicando il secondo, mediante una *fiction iuris*, al solo fine di determinare il luogo di conclusione del contratto. Il contratto sarebbe pertanto concluso nel momento in cui la comunicazione elettronica, contenente l'accettazione, giunge al server del proponente (suo indirizzo elettronico, virtuale), ma nel luogo in cui si trova l'indirizzo reale del proponente<sup>119</sup>. La posta elettronica presenta caratteri tali da avere indotto la dottrina che si è occupata dell'argomento a riconoscerle una posizione privilegiata rispetto alla posta tradizionale<sup>120</sup>. La posta elettronica si presenta quale mezzo di trasmissione immediato, determinando la sostanziale coincidenza temporale tra emissione e ricezione della comunicazione, nonché particolarmente sicuro, riducendo, fino al limite della trascurabilità, il rischio di smarrimento, alterazione o abusiva lettura del messaggio. Ai sensi dell'art. 14 c. 2 d. p. r. 445/2000 «la data e l'ora di formazione, di trasmissione o di ricezione di un documento informatico, redatto in conformità alle disposizioni del presente regolamento e alle regole tecniche di cui agli artt. 8 c. 2 e 9 c. 4, sono opponibili ai terzi»; ne consegue una particolare efficacia probatoria della comunicazione mediante e-mail, rispetto all'omologa comunicazione inviata a mezzo del servizio postale.

---

<sup>117</sup> «Nei contratti telematici conclusi utilizzando il servizio *e-mail* [...] normalmente il contratto

<sup>118</sup> «Nel caso di negoziazione attraverso *e-mail*, il contratto si concluderà nel tempo e nel luogo in cui il proponente avrà notizia dell'accettazione scaricandola sul proprio *computer*». Cfr. R. BORRUSO, *op. cit.*, p. 267.

<sup>119</sup> «Il momento della conclusione dei contratti formati via *e-mail* può farsi certamente coincidere con l'arrivo dell'accettazione nella casella postale del proponente, ma questa rimane pur sempre un indirizzo virtuale, pertanto il luogo di conclusione del contratto non potrà che identificarsi con l'indirizzo reale del proponente». Cfr. L. CAVALAGLIO, *L'art. 11 della Direttiva 2000/31/CE e le tecniche di conclusione del contratto telematico*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2001, p. 111.

<sup>120</sup> L. CAVALAGLIO, *op. cit.*, p. 110.

## JUS CIVILE



L'art. 1328 c. 2 c.c., come integrato dall'art. 1335 c.c., è inapplicabile, essendo impossibile che la revoca giunga a conoscenza del proponente, al suo indirizzo elettronico, prima dell'accettazione; giungendo quest'ultima a destinazione pochi istanti dopo essere stata emessa. Il modo più comune con cui l'oblato può accettare la proposta e concludere il contratto, consiste nella pressione del c.d. tasto negoziale virtuale<sup>121</sup>; si parla in tali casi di conclusione dell'accordo telematico mediante point & click. Tale iter di conclusione del contratto telematico è caratteristica esclusiva della contrattazione realizzata mediante accesso ad un sito internet. L'utente accede al sito predisposto in modo da riprodurre le caratteristiche di un supermercato; individua un bene o servizio idoneo a soddisfare le proprie esigenze di consumo; quindi clicca sulla relativa icona, determinando così l'apertura di una pagina web collegata alla precedente, contenente: maggiori dettagli sulle caratteristiche del futuro acquisto, le condizioni generali di contratto, un modulo elettronico di accettazione in cui inserire i propri dati identificativi, nonché il tasto negoziale «accetto». La pressione del tasto negoziale comporta la trasmissione del modulo di accettazione al computer del proponente e quindi la conclusione del contratto. Qualora all'accettante non venga richiesto di digitare il proprio numero di carta di credito, la pressione del tasto negoziale è inequivocabilmente da considerarsi quale manifestazione di volontà contrattuale, costituente a tutti gli effetti accettazione secondo lo schema generale di conclusione dell'accordo (artt. 1326, 1334, 1335 c.c.); pertanto il contratto sarà concluso nel tempo e nel luogo in cui l'impulso elettronico inviato dal computer dell'oblato giunge al computer dell'offerente<sup>122</sup>. Si discute se si tratti di accettazione espressa<sup>123</sup>, ovvero di accettazione tacita estrinsecatesi in un comportamento concludente<sup>124</sup>. Maggiori problemi sorgono qualora all'accettante venga richiesto di digitare, all'interno del modulo contenente i propri dati identificativi, anche il proprio numero di carta di credito. La digitazione del numero di carta di credito è un semplice elemento integrante dell'accettazione; elemento che confermerebbe la volontà dell'oblato di accettare, manifestando in modo inequivoco la sua consapevolezza dello stare concludendo un contratto e costituisce l'ulteriore elemento oggettivo che la dottrina<sup>125</sup> richiede per imputare, in forza dei principi di autoresponsabilità e legittimo affidamento, la dichiarazione telematica a chi appare esserne l'autore. L'uso della carta di credito costituisce adempimento della prestazione pecuniaria, quindi esecuzione del contratto; a tale conclusione si può giungere accreditando la teoria dottrinale che riconosce nella materiale consegna della somma di denaro solo una delle possibili forme di pagamento<sup>126</sup>. L'inserimento dei dati della propria carta di credito nel modulo di accettazione trasmesso per point & click, pur costituendo pagamento e quindi esecuzione del contratto, non comporta l'iscrizione della fattispecie allo schema speciale

---

<sup>121</sup> V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Il commercio elettronico*, Milano, 2001, p. 165.

<sup>122</sup> R. BORRUSO, *op. cit.*, p. 267.

<sup>123</sup> G. ROGNETTA, *Il commercio elettronico*, Napoli, 2000, p. 64.

<sup>124</sup> C. SARZANA DI SANT'IPPOLITO-F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *op. cit.*, p. 95.

<sup>125</sup> R. CLARIZIA, *op. cit.*, p. 29.

<sup>126</sup> A. M. GAMBINO, *op. cit.*, p. 145 ss.

## JUS CIVILE



di conclusione dell'accordo (proposta + inizio di esecuzione), continuando a trovare applicazio-  
ne lo schema generale (proposta + accettazione) di cui agli artt. 1326, 1334, 1335 c.c. L'art. 12  
c. 1 del d. lgs. 70/2003 in base al quale «Le norme sulla conclusione dei contratti si applicano  
anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione  
inoltri il proprio ordine per via telematica», ha superato qualsiasi suggestione di dettare un mo-  
dello speciale per la conclusione dei contratti telematici. Nello scongiurare l'introduzione  
nell'ordinamento di un'autonoma forma speciale di conclusione dell'accordo telematico, fonda-  
ta su un complesso e farraginoso meccanismo di proposte, accettazioni ed avvisi di ricevimento,  
il legislatore delegato ha voluto, con la previsione dell'obbligo informativo a carico del prestatore  
ex art. 12 c. 2 porre rimedio al rischio, caratteristico della contrattazione telematica mediante  
accesso al sito, che l'incauto navigatore, con la semplice pressione di un tasto, si vincoli senza  
avere neppure consapevolezza del vincolo assunto<sup>127</sup>. Rischio che importa notevoli conseguen-  
ze pratiche tanto sul piano generale quanto in ipotesi di contratti consumeristici, ove il consuma-  
tore, inconsapevole di aver stipulato un contratto, potrebbe lasciare trascorrere inutilmente il  
breve termine concessogli per l'efficace esercizio del diritto di recesso di pentimento. A tale ul-  
timo aspetto ha badato il legislatore tramite la declaratoria di inderogabilità convenzionale della  
norma, prevista per i soli contratti business to consumer, nonché alla limitata applicabilità della  
disciplina in esame alla sola contrattazione telematica indiretta<sup>128</sup>, ovvero alla sola forma di  
contrattazione telematica per cui è ammesso il diritto di recesso di pentimento. In conclusione  
tentiamo di fornire risposta al quesito circa l'idoneità o meno del diritto esistente a fornire ido-  
nea sovrastruttura normativa al fenomeno della contrattazione telematica. Le soluzioni proposte  
sono quattro:

- ritenere applicabile il diritto esistente, mediante il solo ausilio dell'interpretazione;
- ritenere inidoneo il diritto esistente, necessitandone la integrazione da parte di un corpo di  
norme di settore;
- ritenere *internet* un ordinamento giuridico autonomo e originario, insuscettibile in quanto  
tale di eteroregolamentazione;
- ritenere *internet* un mondo virtuale, insuscettibile di alcuna forma di regolamentazione che  
non si traduca nelle regole tecniche (c.d. *lex informatica*). Si parla in tale ipotesi di *cyber-  
anarchia*<sup>129</sup>.

La natura dematerializzata e deterritorializzata di *internet*, la cui struttura si basa su locazioni

---

<sup>127</sup> M. SANTAROSSA, *cLa direttiva europea sul commercio elettronico*, in *Contr. Impr. Europa*, 2001, p. 586.

<sup>128</sup> «L'art. 11, c. 1, lett. a pare logicamente applicabile solo al caso del commercio elettronico indiretto, relativo alla fornitura di beni materiali da consegnarsi mediante i tradizionali mezzi di trasporto, perché nell'ipotesi di commercio elettronico diretto l'immediatezza dell'adempimento del fornitore renderebbe l'eventuale ricevuta dell'ordine assolutamente superflua». Cfr. M. SANTAROSSA, *op. cit.*, p. 856.

<sup>129</sup> T. BALLARINO, *op. cit.*, p. 37 ss.



## JUS CIVILE



logiche piuttosto che su locazioni geografiche, induce ad una riflessione sulla sua stessa qualificazione come mero strumento di telecomunicazione, quantunque tecnologicamente avanzato, fruibile da utenti localizzabili, anche mediante *fictio iuris*, nel mondo reale; avanzando alcuni ipotesi che si tratti piuttosto di un luogo virtuale, un mondo parallelo identificatesi con l'ambito di operatività degli utenti collegati mediante il proprio PC secondo il protocollo TCP-IP: la c.d. *net community*<sup>78</sup>. L'accoglimento di questa ipotesi porterebbe con sé l'applicabilità ad *internet* degli ordinamenti giuridici nazionali esistenti, essendo questi imprescindibilmente dipendenti da criteri di collegamento territoriale, lasciando così sopravvivere due soluzioni: la *cyber-anarchia*, ovvero l'esistenza di un ordinamento giuridico, autonomo ed originario in cui si sostanziano *internet*. Tradizionalmente sono ritenuti elementi necessari ad ogni ordinamento giuridico: una pluralità di soggetti, una normazione ed una organizzazione<sup>130 131</sup>. Se i primi due elementi non sembrano estranei alle caratteristiche della rete, altrettanto non può dirsi per il requisito dell'organizzazione, salvo che per organizzazione si voglia intendere qualsiasi modello strutturale, anche meramente tecnico, idoneo a costituire un legame tra una pluralità di soggetti<sup>132</sup>. *Internet* non è un fenomeno avente natura unitaria, bensì si compone di una pluralità di reti e sottoreti, autonome e prive di alcun tipo di organizzazione gerarchica<sup>133 134</sup>. A prescindere dalla ambiziosa qualificazione terminologica di ordinamento, è comunque innegabile che *internet* presenti alcuni caratteri di autosufficienza normativa; si assiste ad una sempre maggiore produzione spontanea di norme convenzionali di settore, che vanno sotto il nome di *lex electronica*, fondate sulla prassi negoziale telematica ed in taluni casi raggruppate in apposite fonti di cognizione: i codici di condotta<sup>135</sup>. In Italia, la teoria che identifica *internet* con un luogo virtuale, in cui si esprimerebbe l'autodeterminazione giuridico-economica di una comunità reale, non ha mai goduto di particolari consensi, essendo generalmente accolta la teoria che vede in *internet* un mero strumento di telecomunicazione, quantunque dotato di caratteristiche tecniche tali da impedirne la confusione con i tradizionali strumenti di telecomunicazione. Il problema di scelta del diritto applicabile all'accordo telematico viene dunque limitato alle prime due alternative: ritenere applicabile il diritto esistente mediante il solo ausilio dell'interpretazione ovvero ritenere necessaria una integrazione del diritto esistente ad opera di un corpo di norme di settore. La prima solu-

---

<sup>130</sup> G. FINOCCHIARO, *La conclusione del contratto telematico mediante i software agents: un falso problema giuridico*, in *Contr. Impr.*, 2001, p. 579 ss.

<sup>131</sup> M. S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 219.

<sup>132</sup> G. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 576.

<sup>133</sup> «Nessun singolo ente gestisce *internet*. Essa esiste e funziona come risultato del fatto che centinaia di migliaia di singoli operatori di elaboratore, e di reti di elaboratori, hanno deciso autonomamente di utilizzare protocolli comuni per lo scambio di comunicazioni. Non vi sono archivi centralizzati né punti di controllo, né sarebbe possibile per un singolo soggetto controllare tutta l'informazione trasmessa in *internet*». Cfr. Z. ZENCOVICH, *Manifestazione di pensiero, libertà di comunicazione e la sentenza sul caso internet*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1996, p. 640.

<sup>134</sup> A. M. GAMBINO, *op. cit.*, p. 1269.

<sup>135</sup> G. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 571 ss.



zione consiste nella riconduzione in via interpretativa delle nuove fattispecie nell'alveo degli schemi normativi preesistenti<sup>136</sup>. Se tale soluzione appare preferibile limitatamente alla disciplina del fenomeno telematico sul piano interno, è invece di tutta evidenza l'opportunità di una regolamentazione unitaria a livello internazionale, stante l'immanente transnazionalità che caratterizza la contrattazione telematica<sup>137</sup>.

3. – Per poter esercitare una attività commerciale telematica è necessario possedere alcuni requisiti tra cui il possesso di un nome di dominio e di un sito che permetta di rintracciare agevolmente il negozio virtuale<sup>138</sup>. La creazione del luogo virtuale in cui collocare i propri beni e prodotti passa dunque per la predisposizione di una struttura informatica dove convogliare le informazioni relative alla propria attività e le informazioni relative ai beni e servizi messi a disposizione del pubblico. La realizzazione della pagina può dunque essere predisposta dalla società titolare del sito *web* o da una società che non è titolare del sito ma fornisce servizi di creazione e predisposizione di pagine *web*<sup>139</sup>. La creazione di siti *internet* necessiterà di un contratto di sviluppo e creazione di un'opera dell'ingegno<sup>140</sup> che dovrà tenere conto dei rapporti contrattuali tra il committente ed il realizzatore e dovrà contenere una specifica sezione relativa alla tutela del diritto d'autore sui contenuti del sito. Il contratto (di sviluppo e mantenimento di sito *internet*) permette di ipotizzare una fattispecie in cui confluiscono diverse prestazioni contrattuali: l'obbligazione costituita dalla creazione di un bene immateriale che può consistere sia nella creazione di opere multimediali sia nella conversione in linguaggio HTML di contenuti forniti dal cliente, la predisposizione grafica delle pagine oltre all'eventuale contratto di manutenzione e cioè la fattispecie ad esecuzione continuata che, da sola o in connessione con un accordo contrattuale con il fornitore di accessi alla rete *internet*, consente al sito *internet* di essere presente in ogni momento sulla rete telematica. All'interno della fattispecie contrattuale vi sarebbero dunque due prestazioni essenziali: *L'opus* della creazione ed il servizio di manutenzione e aggiornamento del sito in connessione tra loro, e ciò darebbe luogo ad un contratto misto in quanto la realizzazione del sito può essere ricondotta all'appalto d'opera<sup>141</sup>, se trattasi di esercizio di attività d'impresa<sup>142</sup>, mentre il mantenimento e la sua gestione in rete vanno ricondotti all'appalto di servizi previsto dall'art. 1677 c.c. Teoricamente anche la prestazione relativa alla creazione del sito potrebbe rientrare nella figura dell'appalto di servizi: questo potrebbe realizzarsi

<sup>81</sup> R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, cit., p. 17 e p. 71.

<sup>137</sup> F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. Impr.*, 2000, p. 198.

<sup>138</sup> M. S. SPOLIDORO, *Il sito web*, in *AIDA*, 1998, p. 179 ss.

<sup>139</sup> S. STABILE, *La tutela della proprietà intellettuale ed industriale in internet*, in *Il diritto industriale*, 1999, p. 372.

<sup>140</sup> Cfr. F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, 2004, p. 204 ss.

<sup>141</sup> Cfr. F. GALGANO, *op. cit.*, p. 195 ss.

<sup>142</sup> E. BONAZZI-C. TRIBERTI, *I contratti dell'informatica: trattative precontrattuali, stipulazione e responsabilità*, Milano, 1990, p. 211.

## JUS CIVILE



ogniquale volta la creazione del sito non comporti l'acquisto proprietà dello stesso da parte del committente: come è noto nell'appalto di servizi il bene immateriale non viene acquisito al patrimonio giuridico del committente. Focalizzando l'attenzione sulla creazione e sviluppo del sito possiamo affermare che la figura base prevista dal nostro ordinamento per la creazione di un'opera dell'ingegno è dunque il contratto d'opera<sup>143 144</sup> che in questa particolare ipotesi presenta vistose analogie con il contratto ad oggetto informatico relativo allo sviluppo di *software*<sup>2,1</sup> specifico che può fra l'altro costituire oggetto di una prestazione accessoria al contratto di sviluppo del sito. L'analogia con i contratti di sviluppo di *software* consente di strutturare l'accordo negoziale secondo principi già consolidati con l'inserimento di clausole che tendono a divenire tralaticie, come quelle relative alla restrizione di utilizzo dell'opera ed al tassativo divieto di trasferire a terzi i diritti e le facoltà che formano oggetto del contratto. Le clausole relative alla confidenzialità delle informazioni ed al divieto eventuale di concorrenza nonché le dichiarazioni di professionalità nella predisposizione dell'opera sono invece caratteristiche del contratto d'opera e generalmente vengono anch'esse inserite all'interno del contratto di *site development*. La creazione e sviluppo del sito *web* non contempla comunque, ove non espressamente stabilito, la cessione dei diritti economici d'autore spettanti al creatore del sito per la parte grafica, le banche dati costituite in occasione della predisposizione delle pagine, così come non comprende il diritto di sfruttamento di opere che, inserite all'interno delle pagine dal realizzatore, devono comunque prevedere l'autorizzazione del legittimo titolare. Nel caso vengano quindi usati all'interno del sito contenuti tutelati dal diritto d'autore sarà necessario identificare il titolare del diritto e fornire ogni indicazione per la concessione del diritto di sfruttamento economico dell'opera. Per quel che riguarda invece le fasi precontrattuale e contrattuale del contratto di sviluppo di sito *internet* è possibile scindere il contratto di creazione e sviluppo in diverse fasi corrispondenti alla predisposizione di passaggi intermedi che permettono di valutare la reale rispondenza dei contenuti del sito alle intenzioni del committente. La prima parte, cioè lo sviluppo del sito, comprende una fattispecie sequenziale che si origina dalla consegna di un progetto grafico preliminare che dovrà essere accettato dal committente seguito dalla creazione di una *alpha version* ovvero da una *beta version*. L'ulteriore fase è rappresentata dall'approvazione alla diffusione *on-line* dei contenuti del sito. La concessione dell'incarico di realizzazione, pur essendo esplicitata nel contratto, non può essere già definita una fase contrattuale: la valutazione del progetto preliminare segna dunque la fase di conclusione delle trattative ed il momento di conclusione del contratto, mentre la fase della discussione sui profili grafici del sito infatti può essere ricondotta agevolmente ad un momento prenegoziale di valutazione delle reali capacità dell'incaricato e può dar luogo, se il relativo contratto non trovi poi esecuzione, ad un risarcimento per danno precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c. Nel momento in cui il contratto viene posto in esecuzione invece gli eventuali inadempimenti verranno sanzionati dalla ordinaria di-

---

<sup>143</sup> Cfr. F. GALGANO, *op. cit.*, p. 201 ss.

<sup>144</sup> Cfr. F. GALGANO, *op. cit.*, p. 282 ss.

## JUS CIVILE



sciplina dell'inadempienza contrattuale. Appartiene dunque già alla fase di esecuzione del contratto la valutazione dei contenuti *in itinere* da parte del committente che ha già accettato il programma preliminare e le anticipazioni di spesa che usualmente vengono richieste dal realizzatore nel corso della esecuzione dell'opera. In particolare la fattispecie sequenziale che si snoda durante la fase di progettazione e sviluppo può prevedere una serie di *milestone payments* che devono essere effettuati durante la presentazione del progetto grafico, della prima realizzazione e così via sino alla conclusione *dell'iter* di progettazione e la consegna del prodotto finito che si sostanzia nella consegna della *password* per l'accesso al sito (una sorta di *traditio brevi manu* della chiave di accesso al sito, che si deve però collocare nella fase esecutiva del contratto già stipulato).

L'esercizio di una attività commerciale telematica è legata alla predisposizione di procedure preliminari per l'acquisizione degli strumenti idonei ad effettuare la vendita di beni e servizi. Per poter iniziare l'attività commerciale occorre innanzitutto rivolgersi ad un *Internet Service Provider* (ISP), cioè ad una azienda che possieda una connessione permanente alla rete *internet* e consenta ai propri clienti di collegarsi alla propria rete e da qui entrare in *internet* per la navigazione, l'invio di *e-mail*, ecc.<sup>145</sup>. In via generale per poter usufruire dei servizi messi a disposizione dagli *internet providers* occorre stipulare un accordo con il fornitore di accessi alla rete telematica perché venga concesso il diritto di usufruire dei servizi di connessione. Il contratto di accesso a *internet* è il contratto col quale una parte, il fornitore di accesso a *internet* (*internet Service Provider*), concede al cliente la connessione ad *internet* e fornisce ulteriori servizi verso un determinato corrispettivo<sup>146</sup>. Tali servizi possono essere, come accade anche nel caso di *hosting* che sarà analizzato di seguito, forniti a titolo gratuito<sup>147</sup> o a titolo oneroso, e prevedere anche prestazioni aggiuntive. La figura base di contratto prevede comunque la fornitura di due servizi telematici principali a cui si aggiungono alcuni servizi opzionali: i primi sono costituiti dall'accesso alla rete con i servizi connessi e la casella di posta elettronica, i secondi si ricollegano alla fornitura di servizi accessori, quali il *software* o la predisposizione di siti *web* ovvero all'invio di rapporti periodici relativi al numero di accessi registrati sul sito *internet* di proprietà dell'abbonato nonché all'assistenza per la registrazione del nome di dominio oppure per l'installazione di particolari sistemi di sicurezza<sup>148</sup>. Presupposto per la fornitura del servizio di accesso alla rete *internet* è il rapporto contrattuale che l'ISP stipula con il gestore della rete di telecomunicazione che applicherà, con le varianti necessarie alla particolarità del servizio, un normale disciplinare delle condizioni di abbonamento al servizio telefonico. In merito alla natura del contratto *de quo*, la presenza di una pluralità di elementi riconducibili a diverse fattispecie

---

<sup>145</sup> G. DE NOVA, *I contratti per l'accesso ad internet*, in *AIDA*, 1996, p. 39 ss.

<sup>146</sup> G. De NOVA, *op. cit.*, p. 39 ss.

<sup>147</sup> Per una magistrale analisi del fatto gratuito e della gratuità strumentale si rinvia a A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, Torino, 2000, p. 109 ss.

<sup>148</sup> L. ALBERTINI, *I contratti di accesso ad internet*, in *Giust. civ.*, 1997, p. 98.

## JUS CIVILE



regolate dal nostro Codice civile ha dato luogo a notevoli dispute. È tuttavia emersa la tendenza a dividere i contratti con i *providers* in due gruppi: il contratto di accesso, avente la caratteristica dell'appalto di servizi ed il contratto di *content provider* che come figura base presenta le caratteristiche del contratto di locazione. In particolare la prima delle figure negoziali richiamate potrebbe in linea teorica essere ricondotta all'ipotesi della somministrazione (avendo il servizio un carattere di continuità) o alla diversa figura dell'appalto di servizi (che si caratterizza per il fatto che il *provider* realizza un servizio che organizza i mezzi necessari). L'incertezza sulla natura del contratto e la presenza di una pluralità di prestazioni riconducibili a entrambe le fattispecie negoziali sembrano orientare l'interprete verso una diversa figura negoziale, in grado di ricomprendere le diverse prestazioni: l'art. 1677 c. c. rubricato dal Codice come prestazione continuativa o periodica dei servizi<sup>149</sup>. La soluzione prospettata trae origine essenzialmente dalle caratteristiche dei contratti appena citati che da soli non sono sufficienti a fornire un inquadramento giuridico del contratto di accesso: la somministrazione perché ha ad oggetto essenzialmente prestazioni di dare e l'appalto in quanto quest'ultima fattispecie non può definirsi un contratto a carattere periodico o continuativo, ma piuttosto una fattispecie ad esecuzione prolungata con soddisfazione istantanea del creditore<sup>150</sup>. Per quanto concerne gli obblighi del *provider*, essi si riconducono praticamente a tutti gli obblighi previsti in generale dagli artt. 1337 e 1338 c.c. e alle obbligazioni previste dall'art. 1176 c. 2 c.c. in relazione alla diligenza professionale nell'adempimento dell'obbligazione nonché nella disciplina del contratto di appalto già analizzato in precedenza e si riassumono innanzitutto nell'obbligo di fornire il servizio secondo gli *standards* qualitativi idonei a fondare il rapporto di durata ed a prestare informazioni dettagliate sulle funzionalità dei servizi offerti. Le obbligazioni dell'utente si riconducono all'obbligo di diligenza nel conservare i codici e la *password* necessaria per accedere ai servizi offerti dal *provider*, al rispetto degli obblighi assunti contrattualmente con l'ISP all'interno dei quali assume particolare rilievo il rispetto della normativa vigente in tema di diffusione di informazioni illecite. È discutibile se l'utente sia o meno soggetto agli obblighi previsti dalla c.d. *netiquette*<sup>219</sup> e che valore abbiano i precetti degli obblighi previsti dai codici di condotta recepiti all'interno dei contratti. Anche nel caso del contratto di accesso varranno le considerazioni già espresse nella parte generale sulla necessità dell'approvazione per iscritto delle singole clausole vessatorie, qualora il contratto venga stipulato da un consumatore. Tale rilievo vale anche nel caso in cui il contratto di accesso intercorra tra un soggetto che, pur essendo persona giuridica agisca per favorire terzi, anche se in tal caso l'estraneità del consumatore alla fattispecie contrattuale principale sembra indubitabile<sup>151</sup>.

Il soggetto che possiede una connessione permanente alla rete *internet* e consente ai propri clienti di collegarsi può anche scegliere di fornire servizi di diverso genere: tali servizi possono

---

<sup>149</sup> L. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 106.

<sup>150</sup> Cfr. F. GALGANO, *op. cit.*, p. 190.

<sup>151</sup> F. DELFINI, *Il DPR 513/1997 e il contratto telematico*, in *Contratti*, 1998. p. 305.

## JUS CIVILE



essere approntati o dagli stessi *access providers*, che così facendo ovviamente limitano la loro banda di connessione sfruttando la propria connettività anche per fornire servizi detti di *Content provider*, oppure possono essere forniti anche da soggetti che non sono qualificabili come *Internet Access providers* e che si limitano a sfruttare la connettività permanente necessaria per effettuare i servizi di *providers* solo per fornire ai propri clienti il luogo virtuale dove collocare le proprie pagine *web*. Questa locazione di spazio *web* può svolgersi secondo due modalità esecutive e contrattuali diverse, cioè:

- a) fornitura del servizio di accesso in *hosting*;
- b) fornitura del servizio di accesso in *housing*.

Mediante la prima forma di accordo, che può essere definito contratto di locazione di apparecchiature informatiche<sup>152</sup> un *internet provider* permette all'utilizzatore di accedere ai suoi *computers* e ad i suoi servizi che sono collocati fisicamente presso lo stesso fornitore. Il prestatore di servizi concede l'utilizzazione di uno spazio all'interno del proprio disco rigido alle condizioni e secondo le modalità previste dal contratto (a titolo oneroso o a titolo gratuito). Il contratto di *hosting* è analogo al contratto di locazione di servizi informatici a distanza con il particolare atteggiarsi del contratto di *leasing*<sup>153</sup>, ove si concedono in godimento dei beni mobili, intesi come apparecchiature di cui le ditte produttrici non consentono la vendita. L'utilizzatore, come corrispettivo della concessione, è tenuto a pagare un canone relazionato al periodo di uso del bene, mentre a carico del fornitore si pongono le operazioni che attengono alla manutenzione, al controllo ed alle riparazioni del macchinario. Per quanto attiene all'utilizzo delle apparecchiature informatiche, il fornitore è libero di conferire in godimento ad altri oggetti fuso del *server* su cui vengono poste le pagine dell'utente. La messa a disposizione dei beni e dei servizi da parte del fornitore non riveste, nel caso di *hosting*, la caratteristica dell'esclusività: ciò significa che lo spazio *web* in questione può essere utilizzato da soggetti terzi che possono usufruire delle medesime o, a diverse condizioni, dei *computers* coinvolti nelle operazioni. Si instaura dunque una sorta di utilizzo congiunto tra gli utilizzatori che però non può in alcun caso essere ricondotto all'utilizzo di cosa comune, come avviene in caso di comunione o di condominio tra edifici, poiché il diritto di utilizzo dello spazio su disco rigido è personale ed esclusivo per ogni utente e non vi sono diritti comuni esercitabile dagli utilizzatori delle apparecchiature del prestatore, oltre a non potersi configurare in alcun modo un diritto di proprietà dell'utente sul disco rigido del locatore. Per quel che attiene alle obbligazioni gravanti sul fornitore del servizio la responsabilità del locatore può distinguersi sotto due profili: la responsabilità contrattuale nei confronti del locatario e la responsabilità extracontrattuale da mancata sorveglianza nel caso di immissione di dati illeciti all'interno dello spazio concesso all'utilizzatore. Nel primo caso deve essere considerata una responsabilità derivante dall'assunzione di una obbligazione di risultato. In particola-

---

<sup>152</sup>G. CIACCI, voce *1 contratti per la fornitura di servizi informatici*, in *Enc. dir.*, 1990, p. 7.

## JUS CIVILE



re il locatore svolge una funzione essenzialmente tecnica consistente nello stoccare le informazioni che vengono immesse dal titolare del sito *internet* nonché nell'assicurare in permanenza la funzionalità del servizio e l'accesso al sito: tali clausole naturalmente potranno aggiungersi a quelle già previste in caso di fornitura del servizio di accesso. Le clausole del contratto dovranno dunque esonerare il prestatore di servizi solo in occasione del verificarsi di fatti che esulino dall'ambito dell'effettivo controllo: essenzialmente si tratta di eventi legati al caso fortuito ed alla forza maggiore. Nel caso del verificarsi di fatti interruttivi del regolare svolgimento del servizio, il prestatore dovrà in sostanza dimostrare di aver predisposto tutte le cautele idonee a prevenire gli eventi impeditivi, per quanto attiene invece alla responsabilità del fornitore del servizio, nel caso di commissione di attività illecite mediante i servizi messi a disposizione, il fondamento della responsabilità è più complesso in quanto nelle imprese di grande dimensione diviene materialmente difficile controllare il contenuto di tutte le pagine *web* collocate fisicamente sul *server host*. La presenza di una clausola contrattuale di limitazione di responsabilità del *provider* nel caso di perpetrazione di un illecito civile o penale da parte dell'utente incontra il limite previsto dall'art. 1229 c.c. nel caso di dolo o colpa grave e tra le ipotesi che danno luogo a colpa vi è sicuramente il mancato controllo su contenuti che manifestamente presentano un contenuto illecito. La responsabilità del fornitore di spazio *web*, e quindi l'impossibilità di ipotizzare contrattualmente una totale esenzione di responsabilità, è stabilita espressamente anche dalla disciplina comunitaria. La direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico stabilisce all'art. 14, denominato appunto *hosting*<sup>225</sup>, che il prestatore di servizi è responsabile tranne nel caso in cui l'attività illecita sia del tutto sconosciuta al *provider*<sup>154</sup>.

Il fondamento dell'accordo di *housing* è parzialmente differente dal precedente poiché in tale ultimo caso il *provider* si limita a mettere il titolare del sito in condizione di connettersi alla rete telematica dal lato *server* (così come nel caso di accesso alla rete telematica fornito dall'*internet service provider* quest'ultimo mette in condizione il privato di porsi in connessione con la rete telematica dal lato *client*). In tal caso la proprietà dell'*hardware* e del *server* e la sua configurazione permangono in capo al titolare del sito. È dunque possibile configurare in capo al prestatore di servizi due obblighi, il primo del quale consiste nel dovere di assicurare il corretto svolgimento delle operazioni telematiche, e quindi l'obbligo di mantenere una connessione secondo le modalità previste dall'accordo contrattuale, ed il secondo nell'obbligo di custodia dell'apparecchiatura di proprietà del titolare del sito. Le due obbligazioni hanno differente rilievo: trattandosi nell'un caso di una obbligazione di mezzi e nell'altro caso di una obbligazione di risultato. Tale ultimo onere da parte del *provider* è assimilabile ad un contratto di deposito, laddove l'obbligazione principale è costituita dall'obbligo di custodia e di restituzione in natura dell'apparecchiatura informatica. In quanto riconducibile al contratto di deposito è possibile chiedersi se, in parallelo con quanto affermato in tema di contratto di accesso gratuito alla rete

---

<sup>154</sup> F. DI CIOMMO, *Internet, diritti della personalità e responsabilità aquiliana del provider*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 754.

## JUS CIVILE



telematica e di fornitura gratuita del servizio *hosting*, il contratto di *housing* determini una diversa valutazione della responsabilità del *content provider* per colpa lieve e se le momentanee interruzioni del servizio non dovute a fatti in grado di escluderne la responsabilità, siano in grado di fondare un giudizio di responsabilità nei confronti del custode. Tornando alle obbligazioni principali del contratto di *housing* (l'obbligo di connessione e l'obbligo di custodia) si deve rilevare che entrambi tali obblighi afferiscono ai rapporti contrattuali tra le parti e non coinvolgono profili di responsabilità del *provider* per le attività poste in essere dal titolare del sito. Nel caso di *housing* infatti il *provider* non interferisce con l'attività del titolare del sito che provvede direttamente all'aggiornamento della pagina *web* senza l'intermediazione del soggetto che all'interno della struttura del *provider* provvede ad amministrare i *servers*. L'assenza di un'attività rilevante dell'amministratore dei *servers* giustifica probabilmente una differente responsabilità in capo allo stesso per il compimento di attività illecite. Mentre nel caso di *hosting* permane un obbligo di sorveglianza sul prestatore di servizio e tale obbligo di sorveglianza si concreta in una responsabilità solidale per il perpetrarsi di attività illecite, tale obbligo tende ad attenuarsi nel caso di accordo di *housing*. Anche se in alcune ipotesi l'amministratore del sistema, che appartiene all'organizzazione aziendale del *provider*, mantiene una *password* di sicurezza per l'accesso ai contenuti del sito in *housing*, ciò non può bastare a giustificare una responsabilità solidale dell'amministratore con il titolare del sito per il compimento di attività illecite. La diversa portata dell'onere di sorveglianza nei confronti dei contenuti immessi all'interno del sito ospitato e il diverso ruolo svolto dall'amministratore del sistema giustificano anche presumibilmente una diversa responsabilità del *content provider* rispetto agli obblighi dell'ISP per il mancato rispetto della normativa sul trattamento dei dati personali. Il passaggio di dati tra gli utenti e il sito e le banche dati relative saranno dunque monitorati direttamente dal titolare del sito e l'immagazzinamento di tali dati non farà scattare nemmeno per il *content provider* che effettua l'*housing* l'obbligo di notificazione della costituzione della banca dati all'ufficio del garante: tale onere spetterà infatti al titolare del sito ove vengono immagazzinati i dati.

4. – La presenza commerciale sulla rete non avrebbe una seria probabilità di successo se non fosse seguita da una attività di divulgazione dell'attività del venditore. La prestazione pubblicitaria può essere l'oggetto stesso del contratto intercorrente tra l'impresa specializzata e l'utente o costituire una prestazione accessoria ad un diverso accordo contrattuale. Nel primo caso l'attività divulgativa rientra nel più generale ambito delle attività di *marketing*, che si definiscono come le attività di studio e sviluppo della domanda dei beni e dei servizi offerti al mercato<sup>155</sup>. Le forme concrete di divulgazione dei contenuti commerciali immessi in linea possono essere ricondotti alle:

- a) fattispecie di *bannering* che possono essere oggetto di una prestazione a titolo oneroso

---

<sup>155</sup> M.V. De GIORGI, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, Padova, 1998, p. 9 ss.



## JUS CIVILE



- o gratuita e possono rivestire carattere unilaterale o bilaterale;
- b) accordi negoziali riconducibili al contratto di sponsorizzazione;
- c) contratti pubblicitari complessi.

I *banners* a pagamento sono l'equivalente di una affissione pubblicitaria tradizionale e possono essere contabilizzati a passaggio, come avviene nella maggior parte dei casi se vi è un sistema di rotazione dei *banners* stessi, ovvero a giornata o anche al mese. Il costo del *banner* è in questo caso proporzionale al numero di contatti che la pagina riceve giornalmente. Il diritto alla controprestazione è proporzionale al numero di contatti registrati. Connaturale a questa forma di promozione è il controllo sugli accessi registrati dal sito e dallo stesso *banner*, mediante la comunicazione da parte del titolare del sito delle statistiche degli accessi<sup>156</sup>. Il *banner* gratuito si basa invece su presupposti differenti: l'operazione si basa su un meccanismo gratuito che permette di ottenere il diritto di esporre il proprio *banner* sul sito di un altro soggetto qualora l'icona pubblicitaria presente sulla pagina dello scambista sia visualizzata da soggetti terzi. Ad ogni cliccata registrata sul sito in cui è esposto il *banner* corrisponde il diritto di esporre il proprio *banner*. L'operazione può essere bilaterale ed il rapporto si instaura tra i titolari dei due siti oppure può essere plurilaterale ed essere dunque inserito in un circuito *ad hoc*. L'operazione di *exchange* non determina alcun obbligo giuridico tra le parti che non sia riconducibile ad un rapporto di mero fatto ed infatti la sanzione per il mancato rispetto dell'accordo di scambio, che trae origine dalla pratica anglosassone del *gentleman agreement*<sup>157</sup>, è costituita dalla esclusione del titolare del *banner* gratuito dal rapporto reciproco. Adeguando il meccanismo giuridico di derivazione anglosassone alle nostre forme negoziali è possibile ricondurre il semplice scambio di *banners* senza alcuna contropartita economica ad un mero rapporto di cortesia, di cui il nostro Codice conosce diverse figure<sup>158</sup>. Tra le ipotesi di *bannering* a carattere bilaterale vi è la pubblicità sul sito dei prodotti o dei servizi di un terzo: in questo caso la fattispecie presenta i requisiti di un accordo contrattuale che può rivestire, a seconda della concrete modalità della prestazione, un contenuto oneroso o gratuito. La *ratio* dell'accordo è da riscontrarsi nell'esigenza di rendere pubblici i propri beni o servizi collegata alla facoltà del titolare del sito di finanziare la propria attività offrendo alla collettività un servizio a costi notevolmente ridotti<sup>159</sup>. Nella strutturazione

---

<sup>157</sup> Cfr. A. PALAZZO-I. FERRANTI, *op. cit.*, p. 274.

<sup>158</sup> Cfr. A. PALAZZO-I. FERRANTI, *op. cit.*, I, p. 311.

<sup>159</sup> Negli Stati Uniti gli accordi contrattuali tra il titolare del sito e le aziende interessate a sponsorizzare direttamente i prodotti sul sito della controparte vengono detti accordi di *affiliation*. I soggetti dei contratti di affiliazione sono:

a) il *merchant* (il soggetto intenzionato a vendere);

b) L'*affiliate* (l'individuo o la società che promuove sul proprio sito servizi o prodotti in vendita *on line* sul sito del *merchant*).

L'affiliato riceve una prestazione pecuniaria secondo varie modalità tra cui:

1) percentuale sulle vendite effettuate dai visitatori del sito affiliato che attraverso il *banner* esposto visitano il sito del *merchant* e durante tale sessione acquistano *on line*;

2) per *impression* (semplice visione del *banner* da parte del visitatore del sito affiliato);

3) per *click* (visita al sito del *merchant* attraverso *banner*).

Cfr. M.S. SPOLIDORO, *op. cit.*, p. 187.

## JUS CIVILE



di un accordo di *bannering*, sia nel caso del *bannering* gestito da una società di pubblicità<sup>160</sup> sia nel caso di contratto diretto tra il titolare del sito e il titolare del *banner*, occorre adottare cautele atte ad evitare la responsabilità del gestore delle informazioni per il contenuto delle informazioni contenute all'interno della icona che funge da veicolo pubblicitario. L'inserimento delle informazioni all'interno della rete telematica può cagionare all'editore una responsabilità sotto diversi profili: può verificarsi una violazione della legge sui marchi, in quanto il logo dello sponsorizzato o del committente il contratto pubblicitario può generare confusioni con segni distintivi già esistenti. Lo sfruttamento pubblicitario del marchio altrui, se finalizzato ad un profitto indebito è dunque illecito e l'uso in un sito *internet* di nomi, simboli o immagini aziendali di un soggetto terzo, qualora possa indurre l'utente telematico a sovrapporre l'immagine commerciale del titolare del sito ed il reale titolare del marchio, viola palesemente la normativa a tutela dei marchi<sup>161</sup>. La fattispecie può essere realizzata sia nel caso di diffusione di informazioni all'interno del sito sia mediante illecito utilizzo del marchio altrui all'interno dell'URL, rappresentativo del nome di dominio. Un analogo problema può presentarsi se le informazioni siano idonee a porre in essere una attività di concorrenza sleale sanzionata dall'art. 2598 n. 2 c.c.<sup>162</sup>. La responsabilità sussiste se il contenuto sia illecito o lesivo della altrui reputazione, si pensi al caso di diffusione di notizie non veritiere contenute in un messaggio inviato ad un *newsgroup*. Ulteriori ipotesi di violazione di diritti di proprietà intellettuale in rete riguardano la diffusione di contenuti pubblicitari ingannevoli<sup>163</sup>. Le forme ulteriori di pubblicità telematiche necessitano dell'intervento di un soggetto che, ponendosi in funzione di intermediario fra coloro che desiderano divulgare informazioni sui propri prodotti e le strutture che tale finalità possono realizzare, eserciti professionalmente l'attività di venditore o di acquirente di spazi pubblicitari telematici. La gestione professionale dell'attività pubblicitaria telematica comporterà anche la necessità di predisporre strutture contrattuali più complesse con contenuti che vadano al di là della semplice struttura del *banner* e la struttura stessa del contratto risulterà essere modificata: da un accordo di *bannering*, che può anche rientrare fra le prestazioni accessorie ad un diverso accordo contrattuale, si passerà ad un vero e proprio contratto pubblicitario che andrà qualificato utilizzando le categorie già conosciute dai contratti pubblicitari tradizionali (ad esempio mandato o rapporto

---

<sup>160</sup> I *banners* pubblicitari sono un fattore di sviluppo della rete telematica. Cfr. AA.VV., *Il commercio elettronico: verso nuovi rapporti tra imprese e mercati*, cit., p. 399. Sotto il profilo del *marketing* il parametro utilizzato per misurare l'efficacia di un *banner* è l'indice di *clickthrough*, definito come il rapporto tra il numero delle volte che lo stesso viene cliccato per entrare nel sito ed il numero totale di esposizioni del *banner*. Cfr. AA.VV., *Telebank: teoria e pratica di e-business*, Milano, 1999, p. 273.

<sup>161</sup> L'equiparazione tra nome di dominio e marchio, pur adombrata da interventi giurisprudenziali, non è ancora positivamente affermata. Cfr. Trib. Firenze, 21 maggio 2001, n. 3155, in *Guida dir.*, 2001, p. 41 ss.

<sup>162</sup> «Il terzo non imprenditore che, diffondendo messaggi pubblicitari tramite il sito *internet* da lui gestito, partecipa all'illecito concorrenziale posto in essere da un imprenditore verso un concorrente, è corresponsabile non ex art. 2598 c.c. ma, ricorrendone gli estremi, solo ex art. 2043 c.c.». Cfr. Trib. Napoli, 8 agosto 1997. in *Dir. e giur.*, 1997, p. 472.

<sup>163</sup> S. STABILE, *op. cit.*, p. 374.

## JUS CIVILE



di commissione) ovvero prevedendo una pluralità di prestazioni e diversi meccanismi casuali che possono dare luogo alla creazione di una figura negoziale autonoma risultante dalla fusione di diverse cause. Un primo contratto pubblicitario può riguardare la vendita o l'acquisto di spazi pubblicitari ove collocare i messaggi commerciali dell'utente. Il termine di vendita e acquisto di spazi pubblicitari può essere utilizzato anche nel campo delle transazioni telematiche laddove si tenga presente che la rete *internet* costituisce un luogo virtuale di libera utilizzazione delle informazioni. Le sponsorizzazioni<sup>164</sup>, fondamentali nei contratti pubblicitari, sono figure negoziali che abbracciano ipotesi estremamente varie quanto al contenuto delle obbligazioni assunte dalle parti<sup>165</sup>. Rientrano fra queste ipotesi l'inserimento di annunci pubblicitari all'interno delle *newsletter*, che costituiscono una sorta di bollettino informativo inviato dagli editori agli utenti che si sono volontariamente iscritti perché intendono ricevere dall'editore informazioni aggiornate, come nel caso di un sito *web* di informazioni giuridiche che provvede ad informare quotidianamente o settimanalmente i propri lettori sulle novità giurisprudenziali. Si pensi anche a forme di sponsorizzazione di eventi virtuali che avvengono di frequente nella rete telematica. In questo caso è ancora più evidente la natura della fattispecie, riconducibile al contratto di sponsorizzazione, che fra le diverse modalità sperimentate nella pratica, può comportare un collegamento con determinati eventi quali un avvenimento sportivo, una mostra d'arte, una fiera ecc.<sup>166</sup>. Tra le tipologie contenutistiche dei contratti pubblicitari in rete è possibile evidenziare quattro modalità realizzative, di cui le prime due riconducibili con certezza al contratto di sponsorizzazione e le ultime due appartenenti al *genus* dei contratti di *bannering*.

a) Servizio di registrazione e posizionamento della informazione relativa al sito *internet* all'interno dei motori di ricerca (c.d. *search engine registration e positioning*). Quest'ultima modalità di svolgimento del servizio acquista rilievo nell'economia del contratto di sponsorizzazione in quanto introduce un'obbligazione di risultato che si differenzia dalla normale attività promozionale che consta principalmente di un'obbligazione di mezzi. Sovente le agenzie specializzate, per acquisire una clientela più vasta, assicurano la presenza dello sponsorizzato tra i primi posti dei motori di ricerca, trasformando le normali prestazioni di un contratto di sponsorizzazione in obbligazioni di risultato. Per raggiungere tale obiettivo l'unica alternativa dal punto di vista del gestore del servizio di pubblicità è di remunerare con un diverso accordo i gestori dei motori di ricerca che normalmente forniscono il servizio di posizionamento gratuitamente: pagamento che viene invece richiesto normalmente dalle società che gestiscono i motori di ricerca solo quando le agenzie provvedono a porre dei *banners* diretti a un particolare tipo di clientela. Questa ipotesi, che costituisce una figura specifica del c. d. *weblinking*<sup>167</sup> si sostanzia

---

<sup>164</sup> M. FUSI-P. TESTA, *I contratti di sponsorizzazione*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1985, p. 473. Cfr. anche B. INZITARI, *Sponsorizzazione*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 248 ss.

<sup>165</sup> V. AMATO, voce *Sponsorizzazione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, 1993, p. 1.

<sup>166</sup> B. INZITARI, *op. cit.*, p. 249.

<sup>167</sup> Il *weblinking* consiste nell'inserimento in una pagina *web* di una zona sensibile che rimanda, qualora si clicchi

## JUS CIVILE



nella remunerazione che le società di *webmarketing* forniscono ai motori di ricerca per far comparire il *link* all'atto di una specifica ricerca relativa ad un settore merceologico. L'accordo in questo caso tende a riprodurre le modalità realizzative del contratto oneroso di *bannering*, anche se tecnicamente sarebbe più corretto utilizzare il termine generale di *linking agreement*. Tornando alla ipotesi nella quale la società di *webmarketing* prometta l'inserimento ai primi posti del motore di ricerca è naturale che la responsabilità per il mancato raggiungimento del risultato richiesto o promesso andrà valutata diversamente rispetto al più blando sistema ipotizzato dall'art. 1176 c. 2 c.c. e 2236 c.c., che costituisce il complesso normativo di riferimento nel caso di contratto di prestazione d'opera. La responsabilità, che in questo caso rimarrebbe ancorata al principio della diligenza nello svolgimento della prestazione, potrebbe avvicinarsi alla ben più rigida disciplina dell'art. 1218 c.c. che stabilisce una presunzione di responsabilità per l'inadempimento imputabile in vista del mancato raggiungimento di un risultato previsto contrattualmente. Il mancato inserimento del sito nel posto giusto costituirebbe dunque un inadempimento imputabile e la struttura del contratto di sponsorizzazione, da accordo fondato su una tipica obbligazione di mezzi inserita in un contratto d'opera professionale, si trasformerebbe in una diversa fattispecie negoziale, derivando la sua *ratio* dalla commercializzazione del contratto di sponsorizzazione e di un suo accostamento ai contratti di impresa, che costituiscono nelle diverse forme tipici esempi di contratti aventi ad oggetto obbligazioni di risultato<sup>168</sup>.

b) Invio di informazioni ai *newsgroup* in merito alle attività del cliente.

c) Inserimento del marchio della azienda all'interno di un circuito specializzato in particolari tipi di vendite di beni o servizi.

d) Immissione diretta dei *banner* all'interno di uno o più siti specializzati.

Combinando le diverse prestazioni del contratto pubblicitario telematico si può dunque affermare che la predisposizione di una campagna pubblicitaria telematica renda necessario il ricorso a diversi strumenti negoziali che possono evidenziare la nascita di una nuova fattispecie contrattuale atipica: il contratto pubblicitario telematico, avente la caratteristica da un lato, dell'appalto di servizi e dall'altro della sponsorizzazione<sup>169</sup>. Fra le modalità pubblicitarie promozionali emerse nella pratica telematica è utile citare la pratica promozionale svolta da alcune società statunitensi e da poco tempo affermatesi anche in Italia<sup>170</sup>. Il meccanismo denominato

---

sopra, ad un testo contenuto in una diversa pagina *web*. Cfr. P. CERINA, *La legittimità del Web linking*, in *11 diritto industriale*, 1999, p. 380.

<sup>168</sup> A. DONADI, *I contratti delle agenzie pubblicitarie*, in *Contr. impr.*, 1989, p. 1082.

<sup>169</sup> Cass., 16 marzo 1988, n. 2474, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, p. 294 ss.

<sup>170</sup> In *Network Marketing* o *Multi Level marketing* nasce nel 1940. La prima società di questo tipo è la *California Vitamines* che diede la possibilità ai suoi incaricati di vendere i prodotti e sponsorizzare altri incaricati. Nel 1975 la Commissione Federale di Commercio elaborò delle leggi anti-truffa e le 30 ditte allora esistenti vennero dichiarate fuori legge. Nel 1979 venne emessa quella che è stata definita sentenza *Network Marketing*. Il Tribunale stabilì che il «*Network Marketing* non è un sistema piramidale illegale e che i suoi canali di vendita e di distribuzione erano praticabili e legittimi. Contemporaneamente venne emanata, a livello federale, una legislazione che definisce lo schema di vendite piramidali» come: «Qualsiasi progetto o operazione da cui una persona, per denaro o altre cose di valore, ac-

## JUS CIVILE



*multilevel marketing* telematico, consiste in una operazione che presenta sotto il profilo pubblicitario gli aspetti assimilabili ad un contratto di sponsorizzazione, mentre sotto il profilo della concreta disciplina degli incaricati della promozione e della vendita, presenta le caratteristiche della vendita a domicilio<sup>171</sup>. In pratica viene attribuita una somma all'utente che si collega alla rete *internet* secondo modalità predefinite dalla società di *multilevel marketing* e si onera di una attività di proselitismo per diffondere il meccanismo tra ulteriori potenziali clienti. Appare in linea di massima ammissibile la fattispecie in cui al consumatore viene consegnato un *software* contenente informazioni pubblicitarie che lo stesso visiona durante la navigazione in *internet* (in concreto avviene che una società proponga al consumatore di scaricare gratuitamente del *software* tramite il quale navigare nella rete *internet* e all'interno dello stesso appaiono dei *banners* pubblicitari di aziende; il vantaggio del consumatore consiste nel fatto che, tramite speciali meccanismi di controllo, la società fornitrice del *software* accredita una somma per ogni minuto di collegamento alla rete telematica, in cui il soggetto guarda il messaggio pubblicitario)<sup>172</sup> e l'impegno che quest'ultimo assume di diffondere l'utilizzo del prodotto per ottenere un ulteriore sconto sul costo di connessione, senza tuttavia che la diffusione costituisca requisito necessario per l'ottenimento della controprestazione e soprattutto con la chiara informazione sulle somme che devono essere versate al consumatore. La cessione di *software* tramite la rete telematica costituisce una tra le maggiori fonti di produzione di reddito collegata all'utilizzo della rete telematica a fini commerciali. Il *software* può essere distribuito in diverse forme, si parla *software* commerciale, *shareware*, *postcardware* o *beerware*<sup>173</sup>. Le tipologie di cessione del *software* con licenza di utilizzo sono comunque essenzialmente di due tipi: *freeware* e *shareware*. In entrambi i casi le condizioni previste dalla licenza d'utilizzo devono essere considerate a tutti gli effetti, tranne nel caso di *software* distribuito *public domain*, condizioni di distribuzione di soft-

---

quisisce l'opportunità di ricevere benefici pecuniali, basata primariamente sul reclutamento di altre persone, per partecipare allo stesso progetto e che non è relativo al volume o la quantità di beni, servizi, o altre proprietà vendute o distribuite per scopi di rivendita a consumatori». Cfr. F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *I contratti di internet e del commercio elettronico*, Milano, 1999, p. 96.

<sup>171</sup> La figura del venditore porta a porta è delineata dall'art. 36 della l. 11 giugno 1971 n. 426, secondo cui:

la vendita a domicilio è disciplinata da tale normativa e, più precisamente, dal capo I;

le ditte interessate rilasciano un tesserino di riconoscimento alle persone incaricate e rispondono agli effetti civili dell'attività delle stesse; le vendite in argomento devono essere coperte da assicurazione per eventuali danni al consumatore;

i prodotti devono in ogni modo essere coperti da garanzia e, qualora non corrispondano all'ordine, devono essere sostituiti, o il prezzo pagato deve essere rimborsato.

Cfr. F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *op. cit.*, p. 97.

<sup>172</sup> Alcune aziende retribuiscono l'utente, il quale può dunque compensare in tal modo le spese di connessione alla rete telematica, se egli acconsente a visualizzare dei *banners* pubblicitari di loro clienti nel loro schermo, o se lo stesso usa dei *browser* personalizzati; questi strumenti sono Forniti dalle stesse aziende e possono essere scaricati gratuitamente dai rispettivi siti. L'iscrizione è generalmente gratuita e a compilazione avvenuta, viene assegnato un codice e il *banner* o *browser* che l'utente può decidere di tenere in *stand-by* quanto tempo lo riterrà opportuno, togliendogli dallo schermo in qualsiasi momento. Cfr. F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *op. cit.*, p. 99.

<sup>173</sup> G. DE RADA, *Shareware e diritto d'autore*, in *Il diritto d'autore*, 1996, p. 613.

# JUS CIVILE



ware commerciale. La differenza con il *software* commerciale in senso stretto consiste nel periodo di prova concesso al soggetto che decide di testare la funzionalità del bene ed in entrambi i casi nella modalità distributiva e di acquisizione del bene immateriale. La distribuzione del *software* con modalità *shareware* può avvenire sotto diverse forme:

- a) *software* in versione *trial*;
- b) *software* in versione *demo*.

La distribuzione *trial* del prodotto è molto vicina alla versione completa del *software* ma alcune funzioni sono disabilitate: generalmente all'interno della pagina esplicativa delle funzionalità del *software* è presente un menù con tutte le caratteristiche del prodotto in versione definitiva, con l'avvertimento che alcune funzioni possano essere esplicate solo con l'acquisto della versione completa. Si tratta di un'offerta limitata nel tempo: l'acquirente ha infatti a disposizione uno *spatium deliberandi* per decidere di acquistare il prodotto, scaduto il quale deve effettuare la registrazione presso il produttore e pagare il corrispettivo per l'acquisto<sup>174</sup>. È dubbia la predisposizione di un meccanismo automatico di disabilitazione che potrebbe forse essere assimilato ad una clausola risolutiva espressa ai sensi dell'art. 1456 c. c. La clausola inoltre dovrebbe essere, ai sensi dell'art. 1341 c. 2 c. c., espressamente sottoscritta e i meccanismi di distribuzione del *software on line* tendono invece ad utilizzare la modalità di conclusione c. d. *point & click* che, come già rilevato in precedenza<sup>247</sup>, escludono l'uso della sottoscrizione digitale. La versione *demo* invece nasce già con una funzionalità limitata, pur essendo comunque protetto il prodotto dalla disciplina del diritto d'autore. Il contratto di licenza per l'utilizzo del *software*<sup>175</sup>, che viene visualizzato all'interno dello stesso prodotto in occasione di una transazione telematica, è il contratto con il quale una parte si obbliga a far utilizzare all'altra un programma per un dato tempo verso un determinato corrispettivo<sup>176</sup>. Il contratto di licenza dunque può essere equiparato ad una locazione di beni mobili atipica in quanto attribuisce all'utilizzatore i diritti di riproduzione più o meno limitati contrattualmente. Il relativo contratto si conclude nel momento in cui l'utilizzatore, dopo aver testato il prodotto, decide di aderire alla proposta contrattuale del produttore effettuando il pagamento, poiché la ricezione del pagamento costituisce conoscenza dell'accettazione della controparte. La fattispecie si completa con la comunicazione degli elementi mancanti alla piena utilizzazione del prodotto se le funzionalità del prodotto dimostrativo erano limitate e con la comunicazione del codice di registrazione da parte del produttore se il prodotto era fornito di tutte le potenzialità. Normalmente la contrattualistica relativa alla concessione di *software on line* risente dell'origine anglosassone degli stessi contratti telematici. Essa costituisce una variante, adattata alla rete telematica, delle licenze sta-

---

<sup>174</sup> E. TOSI, *I problemi giuridici di internet*, cit., p. 164.

<sup>175</sup> G. De NOVA, *L'oggetto del contratto di informatica: considerazioni di metodo*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1986, p. 803 ss.

<sup>176</sup> G. DE RADA, *op. cit.*, p. 614.

## JUS CIVILE



tunitensi *clickwrap* che a loro volta derivano dalle licenze *shrinkswrap*. Tali licenze vengono così definite in quanto prevedono l'accettazione delle condizioni in esso esplicitate mediante un'accettazione per comportamento concludente consistente nello strappo della confezione contenente il *software*. Naturalmente nel caso di *software* che si preleva tramite *downloading*, lo strappo è in realtà meramente virtuale e si realizza mediante la pressione sul tasto dell'elaboratore che comporta accettazione delle condizioni generali di contratto. Due sono i modelli contrattuali affermatasi nella prassi, l'uno statico, l'altro dinamico:

- a) fornitura del *software* e relativa licenza di utilizzazione;
- b) fornitura del *software* e di servizi aggiuntivi per il tempo determinato dal contratto.

Nel primo caso il produttore conferisce all'utilizzatore il diritto di usufruire del prodotto *software*. Nel secondo caso il contratto presenterà i requisiti del contratto di locazione di bene mobile, ma la possibilità di fruire anche del servizio di assistenza da parte del produttore avvicina la fattispecie negoziale ad un contratto di fornitura di servizi informatici<sup>177</sup>.

---

<sup>177</sup> F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *op. cit.*, p. 104.